Ġazzālī, Abū-Ḥāmid Muḥammad Ibn-Muḥammad al-

Kitāb al-Wasīṭ fi 'l-fiqh - BSB Cod.arab. 1281

[S.l.] 1197 [593 H]

Cod.arab. 1281#Mikroform
urn:nbn:de:bvb:12-bsb00037551-2

تم
المستامن ... وعشرين
امس ... ومعهم
مصموله يوم الاحد
ثلاث ليال خلون لشهر
ذي القعدة الحرام ...
عشر شهر سنة
... وبعد
... وسبعمائة
... السلاخ ... رحمه
الله وبركاته ...

من صلى ليلة الخميس
ركعتين يقرا في كل ركعة
فاتحة الكتاب خمس مرات
واية الكرسي خمس مرات
وانا انزلناه خمس مرات
وقل هو الله احد خمس مرات
وقل اعوذ برب الفلق خمس مرات
وقل اعوذ برب الناس خمس مرات
فاذا فرغ من صلاته استغفر
الله خمس عشرة مرة وصلى على
النبي خمس عشرة مرة
ونوى ثوابها لوالديه

ارى الدنيا لمن هي في يديه
بلاء كلما كثرت لديه
اذا استغنيت عن شيء فدعه
وخذ ما انت محتاج اليه

كتابي
صدور ال... يعه

1

٣٣

الجزء الثالث من كتاب الوسيط في الفقه تصنيف الشيخ الإمام حجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي رحمة الله عليه ورضوانه على مذهب إمام الأئمة وفخر الأمة أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المطلبي رضي الله عنه وصلى الله على محمد وآله

ملكه بحمد الله أحمد بن سليمان بن محمد الحنفي عامله الله بمحض كرمه
وجوده وشمله برحمته وغفر له ولوالديه وللمسلمين أجمعين
وصلى الله على محمد خاتم النبيين ورضي الله عن الصحابة أجمعين ومن تبعهم
ولا تجعل اللهم في قلوبنا غلا للذين آمنوا ربنا إنك رءوف رحيم
من قال أربعين صباح هذا الدعاء لم يمت حتى يرى ما يسره بإذن الله
تعالى اللهم اجعل نفسي نفسا مطمئنة طائعة
خائفة تؤمن بلقائك وتقنع بعطائك وترضى
بقضائك يا أرحم الراحمين آمين آمين

الحمد لله
في كتب العبد الفقير
إلى الله محمد بن
[illegible]
[illegible]

من [illegible]
[illegible]

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

كتاب الوصايا

الوصية عبارة عن التبرع بحق مضاف
إلى ما بعد الموت وقد كانت واجبة في ابتداء الإسلام ثم نسخ بآية المواريث وهي
الآن جائزة في الثلث لما روي أنه عليه السلام عاد سعدا وهو مريض فقال أوصي بجميع
مالي فقال لا فقال بالشطر فقال لا فقال بالثلث فقال الثلث والثلث كثير لأن تدع ورثتك
أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وأفاد الحديث المنع من الزيادة
واستحباب النقصان عن الثلث إن كان الورثة فقراء ثم الأحب في الصدقات التعجيل في
الحياة سئل عليه السلام عن أفضل الصدقات فقال أن تصدق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى
وتخشى الفقر ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وإن اختار
الوصية فالأولى المبادرة قال عليه السلام ما حق امرئ مسلم عنده شيء يوصي فيه أن يبيت ليلتين إلا
ووصيته مكتوبة عنده هذا تمهيد الكتاب ومقصوده يحصره أربعة أبواب

الباب الأول

في أركان الوصية وهي أربعة الأول الموصي والوصية تصح من كل مكلف حر لأنه
تبرع ولا يعتبر فيه إلا ما يعتبر في التبرعات فلا تصح من المجنون والصغير الذي لا يميز
وتصح من السفيه المحجور عليه بسبب التبذير لأن عبارته نافذة في الطلاق والإقرار وفي
وصية الصبي المميز وتدبيره قولان أحدهما وهو مذهب عمر رضي الله عنه وأبي حنيفة
صحته لأنه تصرف لا يضره في الحال والمآل ولها مناسبة بالقربات والثاني لا تصح لفساد عبارته
ولذلك تبطل بيعه وإن وافق الغبطة والوصية تمليك فتشبه بالتصرفات ثم في طريقة
العراق طرد القولين في المبذر أيضا أما الرقيق فكيف يوصي ولا مال له ولكنه لو أوصى
ثم عتق ومات فالأظهر أنه لا ينفذ إذ لم يكن أهلا حالة العقد وفيه وجه أنه ينفذ
إذ كانت عبارته صحيحة وقد تيسر الوفاء بها عند الحاجة أما الكافر
فتصح وصيته كالمسلم ولكن لو أوصى بما هو معصية عندنا كبناء الكنائس
والبيع والخمر والخمر للانسان ورفع إلينا رددناها هاجله فالأبي حنيفة
وإن أوصى بعمارة قبور أنبيائهم نفذناه لأن فيه برا فعمارته احياء بآثاره
ونحو ذلك في قبور مشايخ الإسلام أيضا الركن الثاني

يوصى له والنظر في العبد والدابه والاجنبي و القاتل والحمل والوارث ه
اما العبد فالوصيه له صحيحه فان كان حرا حال القبول ملك وان كان رقيقا
انصرف الى سيده وفي افتقار قبوله الى اذن السيد خلاف كما في اتهابه فان قلنا
يعتبر رضاه فلو قبله السيد بنفسه ففيه خلاف ووجه المنع ان اللفظ تعلق
بالعبد فلا ينتظم قبول غيره ه فرعان احدهما اذا اوصى لعبد وارثه فان
عتق قبل موته صح قبوله وان كان رقيقا لم يصح لانه ينصرف نفعه الى الوصيه للوارث
وان عتق بعد الموت وقبل القبول وقلنا انه يملك الوصيه بالقبول صح وان قلنا بالموت
فلا وكذا اذا كان الوارث قد باعه من اجنبي بعد الموت وقبل القبول تخرج عليه
هذا ما يظهر في القياس واطلق الاصحاب القول بان الوصيه لعبد الوارث باطله من
غير هذا التفصيل لانه وصيه لوارثه ه الثاني اذا اوصى لام ولده جاز لانها حره بعد
موته وكذا اذا اوصى لمدبره ان عتق من الثلث والا فهو وصيه لعبد الوارث
ولا يصح وان اوصى لمكاتبه يصح اذ يتصور منه الاستقلال بالملك وكذا الوصيه لمكاتب
الوارث الا اذا رق المكاتب فترجع الوصيه الى الوارث فتبطل اما الدابه اذا اوصى
لها ثم فسر بارادة التمليك فهي باطله وكذا ان اطلق لان الاطلاق يقتضي التمليك ولا يتصور
ذلك للدابه بخلاف العبد فانه اهل لاسباب الملك وان لم يستقر عليه الملك فلو
قال اردت صرفه في علفها فيصح وهل يفتقر الى قبول المالك وجهان احدهما انه لا يفتقر
وهو اختيار ابي زيد المروزي و [illegible] وصيه للدابه وفي كل كبد حرا اجر وقال صاحب
التلخيص لا بد من القبول اذ يبعد ان يتوقف على عبيد الانسان ودوابه دون رضاه فان
قلنا لا بد من القبول فان قبل فهل يسلم اليه وجهان احدهما نعم ثم لا يتعين على المالك صرفه الى
الدابه وهو اختيار القفال وكانه جعل الدابه كالعبد والثاني انه يتعين على الوصي صرفه
الى الدابه فان لم يكن وصي فالقاضي يصرفه او يكلف المالك صرفه بعد قبوله ذلك
فرعان احدهما انه لو قال احد هذا الثوب وكسر فيه موزتك قال القفال للوارث
ابداله تفريعا على ان الكفن [illegible] والاضافه الى المورث تمليك له وهذا العدم ما ذكرناه
في الدابه وذلك ايضا بعيد بل [illegible] ها هنا ان هذه جاريه في حق الميت ه الثاني لو قال وقفه
[illegible] او اوصيت للمسجد وقال اردت تمليك المسجد فباطل وان قال اردت صرفه
[illegible] قال الشيخ ابو علي هو باطل لان المسجد لا يملك كالبهيمه وهذا

في المسجد لبعيد لان العرف نزل المطلق على صرف المنافع الى مصلحته ۞ اما الحربي فتصح
الوصيه له كما يصح البيع منه والهبه وكذلك المرتد والذمي ونقل صاحب التلخيص عن
نص الشافعي بطلان الوصيه للحربي وعلل بانقطاع الموالاه وهذا ضعيف اذ لا معنى لشرط
الموالاة في الوصيه وان روعيت في الارث ولو اوصى المسلم او الذمي بسلاح لاهل الحرب
او عماره البيعه والكنيسه فهو فاسد لانها معصيه بخلاف الوصيه لحربي معين
فان الهبه منه ليس بمعصيه ۞ اما القاتل ففي الوصيه له ثلثه اقوال احدها المنع قياسا
على الارث فانه لما عصى بالوصل الى السبب عوقب بنقيض قصده وقطع عنه ثمرته
والوصيه ايضا ثمره الموت ۞ الثاني الصحه لان السبب هو التمليك دون الموت وهو
اختيار من جهته فاشبه المستولده اذا قتلت سيدها ومستحق الدين اذا قتل من عليه الدين
فانها تعتق اذ عتقها باختياره للاستيلاد ۞ والثالث انه ان اوصى اولا ثم قتل القطعت الوصيه
لانه استعجال وان جرح ثم اوصى له جاز ۞ اما المدبر اذا قتل سيده فان قلنا التدبير
وصيه فيخرج على الاقوال وان قلنا انه تعليق عتق بصفه فيشبه بالمستولده اولا فان
قلنا الوصيه للقاتل باطله فهل تنفذ باجازه الورثه فيه خلاف كما في اجازه الوصيه للورثه
ولو اوصى لعبد القاتل كان كما لو اوصى لعبد الوارث ولو اوصى لعبد هو قاتل صحت لان مصرف المال
الوصيه غيره ۞ اما الحمل فالوصيه له صحيحه بشرطين احدهما ان ينفصل حيا فلو انفصل
ميتا ولو بجنايه جان لا يستحق اذ كنا نعطيه حكم الاحيا لتوقع مصيره الى الحيوه ۞
الثاني ان يكون موجودا حاله الوصيه وذلك بان لا ينفصل لاقل من سته اشهر من وقت
الوصيه فان انفصل لاكثر من اربع سنين لم يستحق وان كان لما بينهما وان كان للمراة زوج
يغشاها لم يستحق لان الظاهر انه طاري وان لم يكن زوج فوجهان وجه الاستحقاق ان تقدير
الوطي بالشبهه بعيد والزنا ولا نقدره تحسينا للظن بالمسلم ۞ اما اذا صرح بالوصيه
لحمل سيكون فالظاهر المنع لانه لا متعلق للاستحقاق في الحال ومنه قطع العراقيون بخلاف
الوصيه لحمل سيكون وقال ابو اسحق المروزي يجوز كالوصيه بالحمل المنتظر وبنا بعد
لجواز الوقف على ولد الولد ۞ اما الوارث فالوصيه له باطله لقوله عليه السلام لا
وصيه لوارث ونعني به اذا رد بقيه الورثه فان اجازوا وقلنا اجازه الورثه تنفيذ
لا ابتدا عطيه ففي صحه هذه الوصيه بالاجازه وكذا الوصيه للقاتل قولان احدهما
لا للنهي المطلق والثاني ينفذ والنهي منزل على خلاف مراد الورثه وروى ابن عباس الله عنه
قال لا تجوز لوارث وصيه الا ان يشا الورثه فرع [illegible] الوصي لكل [illegible]
[illegible] لا فايده له فاما ان خصصه بغير على معدا [illegible] الحاجه
الى مصلحته

احدهما لا اذ لا وصيه بزياده مال والثاني وهو الاصح انه يحتاج لان في اعيان الاموال اغراضا
ولذلك لو اوصى ان يباع داره من انسان نفذت وصيته خلافا لابي حنيفة ◦ الثاني اذا
وقف على كل واحد قدر حصته فان قلنا الوصيه للوارث اصلا باطله لا تاثير للاجازه فاصل
الوقف باطل وان قلنا تنفذ بالاجازه فله ان يرد في قدر الزايد على الثلث وليس له ابطال الثلث
فانه لم يخصص بعض الورثه به ومن وقف عليه لا يملك ان يرد نصف نفسه فيقول خصصني فان
التخصيص يستدعي ابدا تعددا ويظهر فهم هذا اذا كان الوارث واحدا فلينقس على
العدد ايضا ◦ الثالث اذا اوصى بالثلث لاجنبي ووارث فردما للوارث فللاجنبي سدس
المال لانه اوصى لهما على صيغه التشريك بخلاف ما اذا اوصى للوارث بالثلث ثم اوصى للاجنبي
بالثلث فانه ان رد ما للوارث سلم الثلث للاجنبي وقال ابو حنيفة يسلم الثلث للاجنبي في
الصورتين ◦ الرابع اذا اوصى لاجنبي بالثلث ولكل واحد من ابنيه بالثلث فردا ما للاجنبي
سلم الثلث للاجنبي اذ لا مدخل لاجازه الورثه في قدر الثلث وعن القفال وجه انه يسلم للاجنبي
ثلث الثلث لانه ثلث مجموع الاثلاث وهو مزيف ◦ الخامس اوصى للاجنبي بالثلث
ولبعض الورثه بالكل واجيزت الوصايا فللاجنبي الثلث كاملا لا يزاحمه الوارث والثلثان
للوارث الموصى له خاصة كذا حكي عن ابن سريج ولا يبعد ان يقال ان الوارث يزاحمه في الثلث لكونه موصى
له لا لكونه وارثا كما لو اوصى لاجنبي بالكل ولاجنبي اخر بالثلث اذ لا يسلم الثلث لصاحب
الثلث بل يزاحمه ◦ السادس اوصى لاجنبي بالنصف ولاحد ابنيه بالنصف واجيز الكل
سئل القفال عنه متجاوزا فاجاب بان الاجنبي يفوز بالنصف والابن بالنصف فنقل له
عن ابن سريج ان للاجنبي النصف وللابن الموصى له ربع وسدس يبقى نصف سدس للابن الذي لم
يوص له قال القفال فتاملت حتى خرجت وجهه بالبناء على وجهين في مساله وهو ان
لو اوصى لاحد ابنيه بالنصف واجيز تشاطرا في النصف الباقي لانه التركه ولو اوصى
بالثلث فهل يتشاطران في الثلث الباقي وجهان احدهما نعم كالصوره الاولى لان ما اخذ بال
كانه لم يكن والتركه هو الباقي وكان كما لو اوصى بالثلث لاجنبي واجيز والثاني لا
لان المفهوم من الوصيه له بالثلث التخصيص له بالسدس الزايد على النصف الذي هو
قدر حقه وكانه قال لا تنازعوه في تلك الدار لتكون له النصف بالارث والباقي بالو
فعلى هذا يستقيم مذهب ابن سريج فان الاجنبي الموصى له بالنصف يسلم اليه الثلث من راس
المال من غير حاجه الى اجازه بقي ثلثا التركه يقتضي للابن الموصى له الثلث وقد اوصى
له بالنصف مخصص لمزيد فانقطع حقه عن السدس الثاني وبقي السدس حاصلا للا
الذي لم يوص له الا ان الاجنبي بعد بطلان سدسا وقد اجازه فكون نصف الابن الاخر

الذي لم يوص له في ذلك اجازة نصف السدس فياخذ منه نصف سدسه من هذا السدس ويشغاله نصف سدس وياخذ النصف الاخر من نصيب الابن الموصى له فيكمل له النصف ويبقى نصيب الموصى له نصف سدس وان فرعنا على انه يساطر الموصى له في الباقي والباقي سدس مشترك بين الابنين وقد اجازه للاجنبي فيصح منه جواب القفال

الركن الثالث في الموصى به ولا يشترط فيه ان يكون مالا بل يصح الوصية بالزبل والكلب والخمرة المحترمة ولا كونه معلوما فيصح الوصية بالمجهول ولا كونه مقدورا على تسليمه فيصح بالآبق والمغصوب والحمل وهو مجهول وغير مقدور عليه ولا كونه معينا فيصح الوصية باحد العبدين والاظهر انه لا يصح الوصية لاحد الشخصين ولا يحمل ذلك في الموصى له وان احتمل في الموصى به وذكرنا نظيره في الوقف نعم يشترط اربعة امور الاول ان يكون موجودا فان كان معدوما كالمنافع صحت الوصية لانها كالموجود شرعا في المعاوضة وفي الوصية بالحمل الذي سيوجد وجهان مشهوران احدهما المنع اذ لا متعلق للوصية فكان كالوصية للحمل الذي سيكون فانه ممنوع على الاظهر والثاني الجواز كما في المنافع وفي الثمار التي ستحدث طريقان منهم من الحق بالمنافع لتكرر وجودها في العادة ومنهم من الحقها بالحمل الثاني ان يكون مخصوصا بالموصي فلو اوصى بمال الغير فسد وان ملكه بعد ذلك لبطلان الاضافة في الحال الثالث ان يكون منتفعا به فلا يجوز الوصية بالكلب الذي لا ينتفع به ولا بالخمرة المستحقة الاراقة التي تحدث للخمرية ويصح الوصية بالجرو اذ مصيره الى الانتفاع وفي هبة الكلب وجهان احدهما الجواز كالوصية وكان المحرم اخذ ثمنه لقوله عليه السلام الكلب خبيث خبيث ثمنه والثاني المنع لان الوصية في حكم خلافة فضاهى الارث بخلاف الهبة نعم يجرى الارث في حد القذف والقصاص دون الوصية لانه لا ينتفع الموصى له به

فروع الاول من لا كلب له اذا اوصى بكلب لا يصح لانه لا يحتاج الى شرائه وهو غير ممكن وان كان له كلب ففي كيفية خروجه من الثلث خلاف قال الشيخ ابو علي ان ملك شيئا اخر ولو دانقا نفذت الوصية لانه خير من كل الكلاب اذ لا قيمة للكلب وقال العراقيون لا ينفذ الا في ثلث الكلب وكانه كل ماله اذ لا يمكن نسبته الى ساير الاموال ثم اذا لم يكن له الا كلاب واوصى بالثلث فيه اوجه احدها انه ينظر الى العدد فان ملك ثلاثة كلاب نفذت وصيته لواحد ومنهم من قدر قيمة الكلب ومنهم من قدر الثلث بعدد من المنفعة فانه منتفع به واذا كان له خمر وكلب وطبل لهو فاوصى بواحد فلا يمكن الا تقدير القيمة اذ لا مناسبة في العدد والمنفعة الثاني اذا اوصى بطبل لهو وكان يصلح للحرب

٤

بأدنى تغيير مع بقاء اسم الطبل صحت الوصية ولو كان لا ينفع الا برضاضه لا تصح لانه لا
يقصد منه الرضاض الا اذا كان من ذهب او عود او شيء نفيس فيصح لانه المقصود ولو قال
اوصيت برضاض هذا الطبل صح ولغيره الله له بعد الكسر فالوصية تقبل التعليق بخلاف
البيع الشرط الرابع ان لا تكون الموصى به زايدا على الثلث لقصة سعد فان
زاد على الثلث ولم يكن له وارث فالوصية بالزيادة باطلة خلافا لابي حنيفة لان الزيادة
للمسلمين ولا مجيز له نعم لو راى القاضي مصلحة في تلك الجهة جاز له تقريرها فيها وان كان له وارث
ففي بطلان الوصية من اصلها فيما زاد على الثلث من اصلها قولان كما في اصل الوصية للوارث
فان قلنا انها باطلة فالاجازة ان وجدت فهي ابتدا عطية تفتقر الى القبض والقبول وهل
تنعقد بلفظ الاجازة وجهان احدهما لا لانه مبني على تقرير ما سبق ولا ثبات لما سبق والثاني نعم
ومعناه تقرير مقصود ما سبق باثبات مثله وعلى هذا اذا كانت الوصية عتقا كان
الولا للوارث وان قلنا انها صحيحة فالاجازة تنفيذ والولا للموروث وكل تبرع منجز في مرض
الموت فهو ايضا محسوب من الثلث وكذا اذا وهب في الصحة لكن اقبض في المرض وهذا
يستدعي بيان ثلثة امور الاول مرض الموت وهو كل مرض مخوف يستعد الانسان بسببه لما
بعد الموت كالطاعون والقولنج وذات الجنب والرعاف الدايم والاسهال المتواتر وقيام
الدم والسل في النهاية والفالج الحادث في ابتدايه والحما المطبقة لان هذه الامراض يظهر
معها خوف الموت اما السل في ابتدائه والفالج في انتهائه والجرب ووجع الضرس والصداع
اليسير وحما يوم ويومين فكل ذلك ليس بمخوف فاذا هجم المرض المخوف حجر عليه في التصرف
فيما يزيد على الثلث ويوقف في تبرعاته فان زال تبيناه وتبينا صحته وان كان غير مخوف
كوجع الضرس واخر الفالج فالتصرف نافذ فان مات عند ذلك فجاة او بسبب اخر لا بذلك
السبب فلا تمنع به التبرعات المنجزة فاما حما يوم او يومين واسهال يوم او يومين فهو اذا دام
صار مخوفا وابتداوه مشكل فلا الحجر عليه فان دام ومات تبينا فساد التصرف اذ
بان ان الاول كان مخوفا وما اشكل من ذلك يتعرف من طبيبين مسلمين لا من اهل الذمة فاما
اذا كان في الصف وقد التحمت الطايفتان او كان في البحر وقد تموج او في اسر كفار عادتهم
قتل الاسارى او قدم للقتل في قطع الطريق او الرجم للزنا او ظهر الطاعون في بلده ولكن بعد
لم يظهر في بدنه شي ففي تبرعه في هذه الاحوال قولان احدهما انه كالمرض المخوف لانه سبب ظاهر
في الاستعداد لما بعد الموت والثاني انه كالصحيح اذ لم يمس بدنه شي ولا ضبط لما قبل
تغيير البدن للاسباب اما اذا قدم للقصاص فالمنصوص انه لا تعتبر عطيته من الثلث
ما لم يخرج وقال ابو اسحق المروزي هو كالاسير وقع في يد قوم عادتهم القتل ومنهم

من ورثه لان المسلم الغالب عليه الرحمة والعفو عن القصاص، اما الحمل فليس بمخوف قبل ان
يضربها الطلق فان ضربها الطلق فهو مخوف ومنهم من قال لا لان السلامة منه اكثر.
الامر الثاني حد التبرع وهو ازالة الملك عن مال مجانا من غير وجوب فالعتق والصدقات
تبرع والزكوة والكفارة الواجبة والحج الواجب ليس بتبرع فيما اوصى به لها فهو من راس
المال وكذلك قضاء الديون لان ذلك يستند الى وجوب. فرعان احدهما اذا باع
بثمن المثل نفذ وان كان من الوارث وكذا اذا قضى دين بعض الغرما لم يكن للباقين المنع وخالف
ابو حنيفة فيه وفي البيع من الوارث اما اذا كان في البيع محاباة فقدر المحاباة حكمه
حكم التبرعات وكذا اذا نكح امراة باكثر من مهر المثل فالزيادة تبرع محسوب من الثلث
الثاني اذا انكحت المراة باقل من مهر المثل لم تحسب من الثلث لانها لم تبذل الا البضع والبضع
ليس بمال ولو اجر عبيده او دوابه مع المحاباة فهو تبرع لانه مال ولو اجر نفسه التوارث
وحابا فيه وجهان احدهما انه تبرع كمنافع العبد فان منفعته مال والثاني لا لانه لا يعد
مالا يطمع فيه الوارث فيشبه بضع المراة من هذا الوجه وكان ذلك يعد امتناعا
عن الاكتساب لا تفويتا. الامر الثالث في كيفية الاحتساب من الثلث ووجهه
انه ان كانت التبرعات كلها منجزة في المرض فيقدم الاول فالاول فان كان الاول هبة
والثاني عتقا قدمت الهبة لانه استوفى الثلث بها فسقط العتق بعده وقال ابو حنيفة
بالتساوي اذ لهذا قوة العتق ولذاك قوة التقدم اما اذا كانت متساوية فان كان الكل
هبة او محاباة فيوزع عليهم الثلث على نسبة اقدارها وان كان الكل عتقا اقرع بين
العبيد ولم يوزع حذرا من التشقيص بخلاف الهبة ولما روي انه عليه السلم اقرع بين ستة
اعبد اعتقهم مريض وجزاهم ثلثة اجزاء فارق اربعة واعتق اثنين وان اجتمعت الهبة
والعتق في حالة واحدة بقول وكيل او ما اضافة الكل الى ما بعد الموت ففي تقديم العتق
قولان احدهما لا للتساوي في وقت الاستحقاق والثاني نعم لان العتق يزحم ملك الغير بالسراية
وفي الحاق الكتابة بالعتق في استحقاق تقديمها على المحاباة خلاف. اما اذا اضيف الكل
الى ما بعد الموت فلا نظر الى تقدم في بعض الوصايا لان وقت اللزوم واحد في الكل وانما النظر
في تقديم العتق على غيره ولو اوصى بعتق عبد وعلق عتق اخر على الموت فلا تقديم لاحدهما بحال
فروع الاول اذا كان له عبدان غانم وسالم فقال لغانم ان اعتقتك فسالم حر ثم اعتق
غانما والثلث لا يفي الا باحدهما تعين عتق غانم ولا نقرع بينهما اذ ربما تخرج القرعة على سالم فيؤدي
الى ان يعتق دون عتق غانم ويكون ذلك تحصيلا للمسبب دون سببه وهو محال اما اذا كان
له سوى غانم عبدان فعلق عتقهما بعتق غانم فوفا الثلث بغانم وباحدهما عتق غانم
واقرع بينهما فمن خرج قرعته عتق. الثاني اذا ملك جارية حاملا ومجموع ماله ثلثمائة

والولد من الجملة مائة والام خمسون فقال ان اعتقت نصف الحمل والام جزء ثم اعتق نصفه
الحمل عتق خمسين ونعرف لنا خمسون الى تمام الثلث متردد بين النصف الاخير من الولد بالسراية
او الام بالتعليق فيقرع بينهما فان خرجت على الولد عتق كله ورقت الام وان خرجت على الام فلا يمكن
اعتاق كلها اذ يبقا بعض الولد رقيقا مع عتق كل الام والولد في حكم عضو من اعضايها لا يقبل
عتقها الا انفصال عن عتقه فيعتق منها بقدر خمسين على نسبة واحدة ويحكم بعتق نصف الام
وهو خمسة وعشرون ليقتضي ذلك عتق نصف الولد وهو خمسون ولكن يحط النصف الحر
منه النصف ويبقا للنصف الرقيق النصف وهو قدر خمسة وعشرين فيعتق اذا من الام نصفها
ومن الولد ثلثه ارباعه نصفه بالمباشرة وربع بسراية عتق الام * الثالث اذا اوصى بعبد
لا يسار وهو يملك مائة ومثلها مائة غايب فلا يسلم العبد اذ المال ربما تلف فيكون العبد كل
المال وهل يسلم ثلث العبد ليتسلط عليه وجهان احدهما نعم لانه اقل احواله والثاني لا
فان حق الشرع ان لا يتسلط الموصى له على شي الا ويتسلط الوارث على مثليه وها هنا ليس يمكن
تسلط الوارث على التلبس من العبد فانه ربما يسلم للموصى له فان استبهم خبر المال الغايب
وتواطوا على اشاعة الوصية في جميع المال حتى يصير العبد مثلثا بينهم لم يمكن ذلك لانه نقل
الوصية من عين الى غيرها وقال مالك يجوز ذلك للمصلحة ولو اعتق عبدا وهو يملك مائة او دبره
وثلثا ماله غايب ففي تنفيذ العتق في ثلث العبد الخلاف الذي ذكرناه بعينه في الوصية
الركن الرابع الصيغة وهو الايجاب والقبول اما الايجاب فقوله اوصيت له او
اعطوه او جعلت هذا له او ملكته بعد الموت ولو قال عينت هذا له فكناية والوصية
تنعقد بها عند النية فانه اذا قبل التعليق بالاغرار فبان يقبل الكناية اولى ولو قال وهبت
هذا منه ونوى الوصية ففي كونه كناية وجهان ووجه المنع انه صريح في اقتضا ملك ناجز
ولو قال هذا لفلان ثم قال اردت الوصية لم يقبل لانه صيغة اقرار الا ان يقول هذا من مالي
لفلان اما القبول فلا بد منه ولكن بعد الموت فلا اثر لقبوله ورده قبل موت الموصي وان مات
الموصى له قبل القبول قام وارثه مقامه لانه حق تملك فهو كالارث او كالامر الشفعة وان قبل
الموصى له ثم رد قبل القبض ففي نفوذ رده وجهان احدهما لا اذ تم ملكه بالقبول بعد الموت
والثاني نعم لانه تملك بغير عوض فيستظر والرد اليه هذا اذا اوصى لمعين فان اوصى للفقرا او
لجهة عامة لزم بالموت اذ لا يتصور شرط القبول فيه ثم اختلف قول الشافعي في وقت حصول
الملك على ثلثة اقوال الاول انه يحصل بالموت لانه اضافه الى الموت والثاني بالقبول اذ بعد
ان يدخل الشي في ملكه قهرا والثالث وهو الاصح انه موقوف فان قبل تبين حصوله بالموت
وان رد تبين انه لم يحصل من اصله فان فرعنا على انه يملك بالقبول فهو قبل القبول ملك الوارث

اوملك الميت فيه وجهان منشا التردد ان في اضافته الى كل واحد نوع استحاله اذ لا ملك
لميت ولاصراف الا بعد الوصيه وسفرع على الاقوال مسايل خمس الاولى اذا حدثت زيادة قبل
القبول فهي للموصى له على كل قول ان قبل الوصيه الا اذا فرعنا على ان الملك يحصل بالقبول ففيه
وجهان احدهما انه له نظرا الى القرار والثاني انه لا اذ حدث قبل قبوله وملكه وعلى هذا
ان قلنا الملك للميت فيقضي منه الديون وان قلنا للوارث فلا اذ الصحيح ان تبقيه الدين لا يتعدا
الى الزيادة كتبقية الرهن اما اذا رد فالزيادة من التركه بكل حال الا اذا فرعنا على ان
الملك يحصل بالموت ففيه وجهان احدهما انه يتبع الاصل في الرد والثاني انه يبقا له لانه حصل
على ملكه فهو كنمو زيادة المبيع الثانيه النفقه والمون وزكوة الفطر بين الموت والقبول
على الموصى له ان قبل على كل قول وعلى الوارث ان رد على كل قول ولا يعود الوجه المذكور في
الزيادات وان كان يحتمل ان يقال الغرم في مقابلة الغنم ولكن اذ حال في الملك فهذا
اهون من الزام مونه فهذا فرع مهما توقف في القبول والرد مع الحاجه الى النفقه
كلف النفقه فهذا فان اراد الخلاص فليرد وان لم يكن الى النفقه حاجه ولكن اراد الوارث
ان يستقر الامر معه فليطالب بالقبول او الرد فان توقف حكم عليه بالرد لاجل المصلحه
فيقال اما ان يقبل فلك او نحكم عليك بالرد ان توقفت الثالثه اذا كان الموصى له زوجة
الموصى له فان قبل انفسخ النكاح فان رايناالوقف كان يطرد التبيين من وقت الموت وان
رد لم ينفسخ الا اذا فرعنا على انه يملك بالموت فينفسخ وان كان الملك ضعيفا لان ملك
اليمين يضاد النكاح وان كانت زوجة الوارث فان قبل الموصى له لم ينفسخ نكاحه الا اذا
فرعنا على انه يملك بالقبول وانه قبل القبول للوارث ففيه وجهان ووجه بقا النكاح ضعف
الملك مع ان الاختيار الى غيره خلاف الموصى له فان الاختيار اليه وان رد فينفسخ النكاح
وهل يستند الى حالة الموت فيه خلاف منشاه ضعف ذلك الملك ولو كان الموصى
له قريبا للموصى له او للوارث قرابة يعتق بالملك فتخرجه على الاقوال كتخرج انفساخ نكاح
الزوجه الرابعه اذا اوصى بامه لزوجها الحر وولدت له قبل القبول وبعد الموت
قال الشافعي رحمه الله عتق الاولاد ولم تكن امهم ام ولد له هذا نقل المزني وهو خطا
اذ لا وجه للفرق بين الولد والام على كل قول انتسا الملك وتقينا او توقفنا نعم قال بعد
ذلك ولو مات الموصى له فقبل الوارث عتق الاولاد وهو صحيح مخرج على قولنا يحصل الملك
بالموت للموصى له وعلى قول الوقف ايضا الخامسه اوصى له بولده فمات فقبل وارثه
فعتقه ينبني على ان الملك لمن اذا حصل فان قلنا بالموت او قلنا بالوقف تبين العتق على الموصى له
قبل موته وان قلنا بالقبول ففي قبول الوارث وجهان احدهما انه يترتب على قبوله كقبول
المورث والثاني انا نسنده الى الطرف حين قبل موت الموصى له فعلى هذا هو تركه تقضي منه الديون
ويتبين عتقه وان قلنا يترتب على القبول فلا يعتق لان الميت لا يعتق المورث عليه بحال اذ
الميت

ملكه وان قدر لاقراره نعم هل تقضي الديون مما قبله الوارث فيه وجهان احدهما انه
لا تقضى اذ لم يملكه الميت وانما ورث هذا حق التملك فملك ابتدا وذكر هذا الوجه في
الصيد المتعلق بشبكته نصبها قبل موته ولكنه تعد فيه والوجه الثاني تقضى منه الديون
وكانا نقدر حصول الملك للميت مختطفا ثم نقدر انتقاله الى الوارث تلقيا منه ثم التفريع
اذا قلنا بعتق الولد بقبول الوارث فلا يرث لان القابل اخا يصير محجوبا له فيسقط حقه
عن القبول فيمتنع العتق فيودي توريثه الى منع توريثه فهو دور فقهي وان كان ابنا اخر
فشركته تمنع كمال حقه في القبول فلا يبقاله الا قبول النصف ومن نصفه حر فلا يرث
ولا يمكن ان يقبل نصيب نفسه لان صحة قبوله موقوف على توريثه وتوريثه موقوف على صحة
قبوله فيما نعلمه

الباب الثاني في احكام الوصية

الصحيحة والنظر في اقسامه القسم الاول في الاحكام اللفظية وفيه فصلان
الاول فيما يتعلق بالموصى به والكلام في اطراف الطرف الاول في الحمل والوصية بالحمل
صحيحة بشرط ان يكون موجودا حالة الوصية ويعرف تاريخ ذلك في الحيوانات باهل الخبرة
فانها مختلفة فان انفصل حمل الجارية ميتا بجناية جان صرف الارش الى الموصى له والاشبه
فساد الوصية بخلاف ما اذا اوصى لحمل وانفصل بجناية جان لا يصرف الى ورثته لان
كونه مالكا يستدعي حياة مستقرة وكونه مملوكا لا يستدعي الا التقوم وهو متقوم
بالارش فلو اوصى بجارية دون حملها يجوز ولو اطلق الوصية ففي اندراج الحمل تحت مطلق اللفظ
تردد فان قلنا يندرج لم تبطل الوصية بالولد بانفصاله قبل موت الموصي لانه زيادة في الموصى به
الثاني اذا اوصى بطبل من طبوله وله طبل حرب وطبل لهو نزل على طبل الحرب تصحيحا له واذا
اوصى بعود من عيدانه وعنده عود اللهو وعود القوس وعود البنا فوجهان احدهما انه فاسد
لانه لا يفهم منه الا عود اللهو والثاني انه يعطى عود البنا او القوس لانه يسمى عودا فيتكلف
تصحيحه كما في الطبل اما اذا لم يكن له الا عود القوس او البنا اعطي ذلك لانه متعين الثالث
اذا اوصى بقوس حمل على القوس الذي يرمى به النبل والنشاب دون قوس الندف والجلاهق
وهو قوس البندق ويدخل تحته الجسبان فانه يرمى به الناوك وهو نشاب وهل يعطى
الوتر مع القوس فيه وجهان وان قال اعطوه قوسا من قسيي ولم يكن عنده الا قوس ندف اعطي
لانه تعين وان كان عنده قوس ندف وجلاهق اعطي الجلاهق لانه اسبق الى الفهم
الرابع اذا قال اعطوه شاة جاز ان يدفع اليه الصغير والكبير والضان والمعز لان
الاسم شامل وقال الصيدلاني لا يعطى السخلة وقال ان اراد الشافعي بالصغير الجذعة والمنصوص
انه لا يعطى الكبش ومنهم من قال يعطى لان الشاة اسم جنس كالانسان والتاء ليست

للتانيث واصله الشاه وتصغر فيقال شويهه ولو قال اعطوه بقره لم يعط ثورا
ولو قال اعطوه جملا لم يعط ناقه ولو قال اعطوه بعيرا فالمنصوص انه لا يعطي ناقه ومن
اصحابنا من قال يعطا لان البعير كالانسان للرجال والنسا ولو قال اعطوه راسا من الابل
او الغنم او البقر جاز الذكر والانثى وان قال اعطوه كلبا او حمارا لم يعط الكلبه والحماره
فان الانثى متميزه فيهما بها التانيث ولو قال اعطوه دابه فالمنصوص انه يعطا من الخيل او
البغال او الحمير ولا يعطا من الابل قطعا وقال الاصحاب اطلق الجواب ذلك على لغه مصر وفي
غيرها لا يفهم منه الا الفرس ومنهم من قال الوضع الاصلي اولى بالمراعاه من العرف الخاص
المخصص ولو قال اعطوه دابه ليقاتل عليها لم يعط الا الفرس وان قال ليحمل عليه لم يعط الا بغلا
او حمارا وان قال ليسعع بنسلها لم يعط الا فرسا او حمارا الخامس في العدد فان قال
اعطوه راسا من رقيقي جاز ان يعطا السليم والمعيب والصغير والكبير والذكر والانثى والخنثى
فان لم يكن عبد موته الا رقيق واحد تعين ذلك الواحد فان ماتوا او قتلوا قبل موته انفسخت
الوصيه وان قتلوا بعد موته تخير الوارث في صرف قيمه واحد اليه لانه حقه المتاكد او
ملكه متعلق به بعد موته فينتقل الى القيمه فلو قتل كلهم الا واحدا لم يتعين ذلك الواحد
بل تخير الوارث بين تسليمه او تسليم قيمه واحد وفيه وجه انه يتعين ذلك الواحد حذارا
من العدول الى القيمه مع الامكان ولو قال اعتقوا عني عبدا جاز المعيب والسليم وفيه وجه انه
ينزل على ما يجزي في الكفاره لان للشرع عاده في العتق لا في الهبه والوصيه فينزل على عرف الشرع
وان اوصى ان يعتق عنه رقاب فاقله ثلث ان وفا الثلث به فان لم يف الا بنفسين اقتصر عليهما وان
فضل ما يفي ببعض الثالثه ففيه وجهان احدهما الاقتصار لان البعض ليس رقبه والثاني انه يشتري البعض
لانه اقرب الى مقصود الموصي وعلى هذا لو وجدنا نفيسين وخسيسين وشقصا فايهما
اولى فيه وجهان احدهما النفيسان اولى لقوله عليه السلم لما سيل عن افضل الرقاب
فقال اكثرها ثمنا وانفسها عند اهلها والثاني الزياده في عدد الرقبه اولى لقوله
عليه السلم من اعتق رقبه اعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار ولو قال
اعتقوا عبدا من عبيدي وله عبد خنثا حكم بكونه رجلا ففي اعتاقه وجهان
ووجه المنع ان اسم العبد مطلقا لا ينصرف اليه ولو قال اعتقوا احد رقيقي
وفيهم خنثا مشكل روى الربيع فيمن اوصى بكتابه احد رقيقه انه لا يجوز الخنثى
المشكل وروى المزني انه يجوز واختلف الاصحاب والاولى ما نقله المزني
الفصل الثاني فيما يتعلق بالموصى له وله اطراف الاول اذا قال اعطوا
حمل فلانه كذا فاتت بولدين صرف اليهما بالسويه وان كان احدهما ذكرا
والاخر انثى فلو خرج احدهما حيا والاخر ميتا فالكل للحي وفيه وجه ان له النصف ويصرف

المسـ تعود الى الورثة وهو ضعيف ولو قال ان كان حملها غلاما فاعطوه كذا
فولدت غلامين لم يستحقا شيئا فان الصيغة للتوحيد في النكرة وكذا ان جاءت
بغلام وجارية ولو قال ان كان في بطنها غلام فاعطوه كذا فجاءت بغلام وجارية
اعطي الغلام وان جاءت بغلامين فانهما يعطي فيه ثلثة اوجه احدها انه يصرف
الوارث الى ايهما شاء وله خيار التعيين فان راية تصلح للترجيح والثاني توزع عليهما
لتساويهما والثالث انه موقوف بينهما الى ان يبلغا ويصطلحا ولو قال لاحد هذين
الشخصين صح على احد الخلاف ذكرناه نظيره في الوقف فان صح ومات قبل التعيين خرج
على الاوجه الثلاثة الثاني اذا اوصى لجيرانه صرف الى اربعين دارا من كل جانب
لما روى ابو هريرة رضي الله عنه انه عليه السلم قال حق الجوار اربعون دارا هكذا
وهكذا وهكذا وهكذا واشار يمينا وشمالا وقداما وخلفا ولو اوصى لقراء
القران صرف الى من حفظ جميع القران وهل يصرف الى من يقرأ ولا يحفظ عن ظهر القلب
فيه وجهان احدهما نعم للعموم والثاني لا اذ العرف خصص بالحفاظ ولو اوصى للعلما
صرف الى العلما بعلوم الشرع دون الاطبا والمنجمين والمعبرين والادبا لان العرف
خصص ولا يصرف الى من يسمع الاحاديث فقط ولا علم له بطرق الحديث ولو اوصى
للايتام لم يدخل فيه من له اب ولا بالغ لقوله عليه السلم لا يتم بعد البلوغ وفي الغني وجهان
وان اوصى للارامل دخل فيه من لا زوج لها من النسا وهل يدخل من لا زوجة له من الرجال فيه وجهان
احدهما لا للعرف والثاني نعم للوضع اذ قد سمي الرجل ارمل قال الشاعر
كل الارامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الارمل الذكر
وهل يدخل الغني فيه وجهان كما قيل في اليتيم ولو اوصى للشيوخ اعطي من جاوز الاربعين
ولو اوصى للفتيان والشبان اعطي من جاوز البلوغ الى الثلاثين وان اوصى للصبيان والغلمان
صرف الى من لم يبلغ اتباعا للعرف في هذه الالفاظ الطرف الثالث
اذا اوصى للفقرا جاز ان يصرف الى المساكين او للمساكين جمع بينهما جاز صرفه الى الفقرا
لان كلا الاسمين يطلق على الفريقين وان قال للفقرا والمساكين جمع بينهما وان اوصى لسبيل
الله تعالى فهو للغزاة او للرقاب فهو للمكاتبين لا اقل من استيعاب ثلاثة من كل نفر
ولا يجب التسوية بين الثلاثة ولو اوصى لثلاثة معينين يجب التسوية بينهم ولو اوصى لزيد
وللفقرا قال الشافعي القياس انه كاحدهم فيسهم من قال معناه انه لو اعطي خمسة

من المساكين فيعطيه السدس او اعطى ستة فيعطيه السبع فيكون كاحدهم ومنهم من قال يكفيه ان يعطيه اقل ما يتمول اذ ما من واحد الا وله ان يعطيه اقل ما يتمول ومنهم من قال يعطى الربع لان اقل عدد المساكين ثلثة والقصر عليه وعلى ثلثه يقتضي له الربع ومنهم من قال يصرف اليه النصف والى الفقرا النصف لانه قابلة بهم ولو قال لزيد دينار وللفقرا ثلاثة لم يعط زيد شيا اخر وان كان فقيرا لانه قطع الخيرة بتنصيصه اما اذا اوصى للعلويين والهاشميين او بني طي وبالجملة قبيلة عظيمة ففي الصحة قولان احدهما نعم ثم اقل الامر ان يعطي الثلثة كالفقرا والثاني لا اذ هم محصورون ولا يمكن استيعابهم ولا عرف للشرع في تخصيصهم بثلاثة بخلاف الفقرا الرابع لو اوصى لزيد وجبريل كان لزيد النصف وسقط الباقي ولو قال لزيد وللريح او للرياح فوجهان احدهما ان له النصف كما سبق في جبريل والثاني له الكل اذ الاضافة الى الرياح لغو وان اوصى لزيد ولله تعالى فوجهان احدهما له الكل وكانه ذكر الله تعالى تاكيدا للقربة كقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول والثاني النصف له والباقي للفقرا لان عامة ما يجب لله تعالى يصرف الى الفقرا ولو قال لزيد وللملايكة او لزيد وللعلويين وقلنا لا يصح للعلويين ففي قدر ما يصرف الى زيد الخلاف الذي ذكرناه في قوله لزيد وللفقرا وسقط الباقي الخامس لو اوصى لاقارب زيد دخل فيه الذكور والاناث والغني والفقير والمحرم وغير المحرم وقرابة الاب وقرابة الام الا انه اذا كان الرجل عربيا فلا تدخل قرابة الام لانهم لا يعدون ذلك قرابة ولو قال لارحام فلان دخل فيه قرابة الام مع قرابة الاب اذ لا تخصص لهذا الاسم ومن الاصحاب من قال لفظ القرابة كلفظ الرحم في حق العربي كما في حق العجمي ولم يستثن من العربي هذا التخصيص واحتملوا في ثلاثة امور احدها في دخول الاصول والفروع وفيه ثلاثة اوجه احدها لا يدخلون اذ الاب والابن لا يسمى قرابة والثاني نعم لانهم من القرابة الاقارب وان كان لهم اسم اخص الثالث انه لا يدخل الاب والابن ويدخل الاحفاد والاجداد الثاني ان الوارث لا يدخل اذا اوصى لاقارب نفسه اذ لا وصية لوارث وكانه خارج عن حكم القرينة ومنهم من قال يدخلون ثم يبطل الوصية في نصيبهم وتنفذ في الباقين الثالث ان قبائل العرب تتسع فيكثر فيهم القرابات ان تنتهي الى اولاد الاجداد العالية فقال ابو يوسف يرتقي الى اجداد الاسلام ولا يزيد عليه وهو بعيد وقال الشافعي يرتقي الى اقرب جد ينتسب هو اليه ويعرف به وذكر الاصحاب في مثاله انه لو اوصى لقرابة الشافعي صرفنا الى بني شافع لا الى بني عبد مناف وبني المطلب وان كانوا اقارب وهذا في زمانه اما في زماننا لا يصرف الا الى اولاد الشافعي ولا يرتقي الى بني شافع لانه اقرب من يعرف به السادس اذا اوصى لاقرب قرابة فلان صرف الى الاقرب وفيه مسئلتان احدهما ان الاب والام والابن والبنت يدخلون لانه لا يبعد تسميتهم اقرب الاقارب ثم لا تفضيل

بذكوره وانوثته بل يستوي الاب والام والابن والبنت في يستوي الاب والابن ويستوي الام والبنت
ولا تتبع الوراثة بل اولاد البنات مقدمون على احفاد البنين لمزيد القرب الا اذا اختلفت
الجهة والاحفاد وان سفلوا يقدمون على الاخوة وبنو الاخوة وان سفلوا يقدمون على الاعمام
لان العرف يقضي بانهم اقرب وابن الاخ من الاب مقدم على ابن الاخ من الاب والام لان
جهة الاخوة واحدة ولا شك في ان الاخ المدلي بجهتين مقدم على المدلي بجهة واحدة ولا
فرق بين الاخ للام وبين الاخ للاب ولا بين الاخ والاخت في الثانية الجد اب الاب مع الاخ فيه
قولان احدهما انهما يستويان لاستوائهما في القرب والثاني الاخ اولى لان قرابة البنوة اقوى
وكذلك الخلاف في اب الام مع الاخ للام واخو الاب مع ابن الاخ للاب فيه قولان احدهما
الجد اولى لقربه والثاني ابن الاخ اولى لقوة البنوة

القسم الثاني من الباب

في الاحكام المعنوية وفيه فصول

الفصل الاول

الوصية بمنافع الدار والعبد
وغلة البستان وثمرته صحيحة نص الشافعي عليه ويستوي بين الثمار والمنافع وحقيقة هذا
ان الوصية عندنا تمليك المنافع بعد الموت حتى تورث عن الموصى له اذا مات وتملك الاجارة
ولا تنصرم اذا تلف في يده العبد كما لا تنصرم المستاجر وعند ابي حنيفة هي عارية لازمة لا
ملك فيها وفيه مسائل المسالة الاولى فيما يملكه الوارث ولا شك في انه ينفذ عتقه
ولكن لا يجزيه عن الكفارة ان لم تكن الوصية موقتة وفيه وجه انه يجزي كما اذا اعتق العبد
ثم يرجع الموصى له في الانتفاع ولا يجد العبد مرجعا على الوارث بخلاف عتق العبد المستاجر
لان البدل ثم رجع الى المعتق وها هنا لم يوجد بدل هذه المنفعة واما الكتابة ففيه وجهان
احدهما لا اذ لا كسب له والثاني نعم تعويلا على الصدقات واما البيع فان كانت
الوصية موقتة خرج على بيع العبد المستاجر وان كانت مؤبدة فالظاهر المنع لانه معجوز
عن التسليم ابدا الا ان يبيع من الموصى له وفيه وجه اخر انه ينفذ البيع ليحصل ما يملكه ويتسلط
المشتري على اعتاقه وجلب الولاء فيه اما اذا اوصى بنتاج الشاة صح بيع الشاة لبقاء منفعة
الصوف واللبن للمالك واما الخلاف اذا لم يبق منفعة اصلا ايضا هي ما لا منفعة له حسا
المسالة الثانية في منافعها وهي للموصى له ابدا ويدخل فيه اكتساب العبد باحتطاب
واصطياد ولا يدخل منفعة البضع بل يصرف بدله الى المالك لان مطلق اسم المنفعة لا
ينصرف اليه مع انه لو اوصى بها صريحا لم يصح فقال العراقيون البدل له لانها من المنافع ولا خلاف
في امتناع الوطء على الموصى له لعدم ملك الرقبة وعلى الوارث لانه يفضي الى هلاك حق الموصى له
بالطلق كما في الراهن وان كانت صغيرة او ايسة فقد قيل يجوز في الرهن فهو جار ها هنا
واما تزويجها فهو جائز لكسب المهر وفي مصرف المهر ما ذكرناه وفيمن يتولى العقد

ملانه اوجه احدها الوارث لملك الرقبه لملانه من رضا الموصي له فان فيه نقصان حقه وضرره
وهذا هو الصحيح والثاني ان الموصى له يستقل به وهو مذهب من يقول المهر له والثالث يستقل
به المالك واما التزويج من العبد فيظهر استقلال الموصى له لا ان منع العبد لا لقصور في اهليته
ولكن لضرر يتعلق الحقوق بالاكتساب والموصى له هو المتضرر واما ولد الجاريه فالصحيح
انه لا حق للموصى له فيه لانه يتبع الملك ومنهم من قال هو ملك الموصى له لانه ايضا من المنافع وهو
بعيد ومنهم من قال هو اسوه الام ملك الرقبه للوارث وملك المنفعه للموصى له وهو ايضا
بعيد لان استحقاق المنفعه لا يتسرى الى الولد كما في الاجاره واما ما يكتسبه من الاتهاب
ففي مصرفه وجهان احدهما للموصى له كما في الاحتطاب والثاني للمالك فانه لم يتم واليه عملا
منفوما والسبب العقد للعبد والمالك يلقا الملك لمالك الرقبه المساله الثالثه
في نفقته بلانه اوجه القياس انه على الوارث نظرا الى الملك فان اراد الخلاص فليعتق
والثاني انه على الموصى له لانه يستحق المنافع على الدوام فكان كزوج الامه والثالث انه
في كسبه فان لم يف فعلى بيت المال واليه ذهب الاصطخري وقد اختلفوا في ان الموصى له
هل يستبد بالمسافره به والظاهر انه يملك اذ به كمال الانتفاع ولذلك يمتنع على الوارث
المسافره به قطعا بخلاف سيد الامه المزوجه والثاني انه لا يملك كما لا يملك زوج
الجاريه مراعاه لحق المالك ولا يجوز الا بالتراضي كالزوج على ظاهر المذهب المساله
الرابعه اذا قتل فللوارث استيفا القصاص ويحبط حق الموصى له وان وقع الرجوع
الى القيمه ففيه وجهان احدهما انه للوارث فانه بدل ملكه وقد انقضا عمره وانقطع حق الموصى
له والثاني انه يشترى به عبد ويجعل بمثابته بينهما في الملك والمنفعه وفيه وجه اخر انه
يختص به الموصى له وكان ماليته مستغرقه بجعه اذ لم يبق له قيمه في حق الوارث المالك
وهو بعيد وفيه وجه رابع انه يوزع على قيمه المنفعه وقيمه الرقبه مسلوبه المنفعه
ويقسم بينهما اما اذا قطع طرفه فالذي ذكره الاكثرون انه للوارث وجها واحدا اما اذا جنا هو
على غيره فيباع في ارش الجنايه فان فداه السيد استمر حق الموصى له وان فداه الموصى له فهل
يجب على المجني عليه قبوله فيه وجهان احدهما لا لانه اجنبي عن الرقبه ومتعلق الحق الرقبه
والثاني نعم لان له غرضا في بقا الرقبه كما للسيد الخامسه في كيفيه احتسابه
من الثلث وجهان احدهما انه تعتبر جمله قيمه العبد اذ لم يبق له قيمه فكانه اوصى بالعبد
والصحيح انه تعتبر ما نقص من قيمته اذ لا بد ان يبقى له قيمه طمعا في اعتاقه وولايه اما اذا
كانت المنفعه الموصى بها موقته فطريقان احدهما طرد الوجهين والثاني انه تعتبر اجره
المثل وهو بعيد لان المنفعه تحدث بعد الموت فليس مفوتا لها من ملكه بالا الاعتبار

9

ما نقص من قيمته بسبب الوصيه التفريع اذا اقتضا الحال ان يرد بعض الوصيه
كشيد سهامثلا لزيادتها على الثلث فيتقص من المده المقدره سدسها من اخرها او
يخرج سدس العبد في جملة المده عن الوصيه فيه وجهان والاسد انه يخرج سدس
العبد لان الاجره تختلف باختلاف المواقيت الفصل الثاني في الوصيه
بالحج والحج فيه انواع الاول التطوع وفي صحة الوصيه به وجهان ينبنيان على ان النيابه
هل تتطرق اليه والصحيح انها تتطرق اليه اقتدا بالاولين في فعلهم وتحتسب الوصيه من
الثلث وفيه فرعان احدهما ان مطلقه يقتضي حجة من الميقات او من دويره اهله
احملها فيه لتردد اللفظ بين اقل الدرجات وبين العاده الثاني انه هل تقدم
الوصيه بحج التطوع على سائر الوصايا حكي فيه قولان ولا وجه للتقديم الا ان حق الله
تعالى على راي يقدم على حق الادميين حتى ان اوصى بصدقه مع حج التطوع لم يحتمل التقديم
نعم لو اوصى بحجه منذوره احتمل التقديم على الوصايا لتاكدها باللزوم النوع الثاني
حجة الاسلام ولا حاجة فيها الى الوصيه اذ كان لزمت في الحيوه بل تخرج عندنا من
راس المال وان لم يوص خلافا لابي حنيفه وهو عندنا كالزكوات فانها لا تسقط بالموت
فروع اذا اوصى بحجة الاسلام فلا فايده له الا اذا قال احجوا عني من الثلث
ففايدته مزاحمة الوصايا من الثلث به فان لم يكمل الحج بعد المضاربه ما يفي به كمل
من راس المال ومنهم من قال اذا لم يفضل من حجة الاسلام شي من الثلث فلا شي للوصايا بل
فايده الاضافه الى الثلث التعليم الثاني اذا قال اوصيت بان يحجوا ولم يضف الى
الثلث ففي مزاحمة الوصايا به في الثلث وجهان ووجه لان لفظ الوصيه مشعر به ولو
زاد وقال اعتقوا عني وتصدقوا فوجهان مرتبان واولى بالمزاحمه لانه قرنه بما ينحصر في
الثلث الثالث اذا قال احجوا عني بالف وهو زايد على اجره المثل فوجهان احدهما
انه يحج باجره المثل لان مقصوده الحج والزايد لا حاجة اليه والثاني ان الزياده وصيه
لمن يحج ليحسن الى الحاج فيصرف اليه ان وفا به الثلث اما اذا قال اشتروا بمايه درهم
عشرة اقفزه حنطه وتصدقوا بها فوجدنا اجود الحنطه بما يشتري بثلثه اوجه

احدها ان الزياده وصيه لبايع الحنطه وهو بعيد فان ذلك لا يقصد خلاف الاحسان
الى من يح والثاني انه يشتري له حنطه زايده لان مقصوده التصدق بمايه وصرفها
الى الحنطه والثالث انه يرد على الورثه لان مقصوده عشره اقفزه من الحنطه
وقد تصدقنا بها. الثالث الحجه المنذوره والصدقه المنذوره والكفارات
وفيها ثلثه اوجه احدها يخرج من راس المال لانها لزمت كحجه الاسلام ولا حاجه الى
الوصيه والثاني انها كالتطوعات فان اوصى بها اخرجت من الثلث لانه لو فتح هذا
الباب لا يسعى بالنذور جميع امواله ثم يوخره الى ما بعد الموت والثالث انها تودى
من الثلث وان لم يوص وكان نذره تبرع وقد اخر اداه الى الموت فصار النذر نفسه
كالوصيه فان قيل ما الذي يقع عن الميت بعد موته دون اذنه قلنا الدعا والصدقه
وقضا دينه اما الدعا فقد قال عليه السلام اذا مات ابن ادم انقطع عنه عمله الا عن ثلثه
صدقه جاريه وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له اما الصدقه فقد قال سعد ان امي
وفاضت يا رسول الله ان امي افتلتت ولو نطقت لتصدقت افيسعني ان اتصدق عنها
قال نعم وقد قال بعض الكتاب انه ترجى ان يناله بركته ولا اجر لانه ليس هو تصدقا انه التي
اداها اما اذا اعتق عنه فلا يقع عنه ويكون الولا للمعتق سوا كان المعتق وارثا
او لم يكن لان الحاق الولا فهذا لا وجه له اما الديون اللازمه اذا قضيت وقع عنه وان
قضاها الاجنبي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلي كرم الله وجهه لما قضى دين ميت
الان بردت جلدته على النار اما الكفارات فان اخرجها الوارث عنه ولم يكن اوصى
بها وقعت موقعها وان اخرجها اجنبي فوجهان احدهما لا اذ لا خلافه له وهذه عباده
فلا بد من نيته او نيه من هو خليفته شرعا والثاني نعم لانه دين لازم فغلبت فيه
معنى الدين ولذلك يستقل به احد الورثه وان لم يستقل بجمله الخلافه اما العتق
في كفاره اليمين حيث لا يتعين ففي اخراج الوارث وجهان وفي اخراج الاجنبي وجهان مرتبان
واولى بان لا يقع لانه يضاهي التبرع من وجه وقد ذكرنا منع التبرع عن الميت بالاعتاق
ولو اوصى بالعتق والكفاره مخيره ولم يف الثلث بالزياده لا يبعد لانه مستغنا
عنه فكان متبرعا وفيه وجه انه احد الواجبات فله حكم الواجب اما الصوم
فلا يقع عنه لانها عباده بدنيه كالصلوه وقال الشافعي في القديم يصوم عنه وليه
الفصل الثالث في فروع متفرقه الاول المريض اذا ملك قريبه

في مرض الموت نظر فان ملك بالارث عتق عليه من راس المال وان ملك بالشرا عتق من
الثلث فان كان عليه دين مستغرق لم يعتق اصلا وان ملك بوصيه او اتهاب فوجهان
احدهما من راس المال لانه حصل مجانا كالارث فكانه لم يخرج وان والثاني من الثلث
لانه حصل بالاختيار ٥ تفريع لو اشترى ابنه الذي يساوي الفا بخمسمايه فالقدر
الذي يقابل المحاباة كالموهوب لانه حصل مجانا ومهما عتق من الثلث لم يرث اذ لو
ورث لا نقلب العتق له وصيه لوارث فيبطل واذا عتق من راس المال في صوره الارث
ورث لانه وقع مستحقا وقال الاصطخري لا يرث كما لو نكحت باقل من مهر المثل فانه يقال
ان المحاباه وصيه للزوج الوارث الا اذا كان الزوج رقيقا او مسلما وهذا الاستشهاد
غير صحيح بل تنفذ المحاباه بالبضع سوا كان الزوج وارثا او لم يكن لانه ليس بمال
الثاني لو قال اعتقوا عبدي بعد موتي لم يفتقر الى قبول العبد لا رحو الله تعالى في
العتق ولو قال اوصيت لعبدي برقبته ففي الافتقار الى قبول العبد وجهان ولو اعتق
ثلث عبده بعد موته وفي المال متسع لم يسر العتق لانه بعد الموت معسر فالمال
لغيره وهذا لا يخلو عن احتمال ولكن النقل ما ذكرته اما اذا اعتق جاريته بعد
موته وهي حامل سرى الى الجنين لانه في حكم عضو لا ينفصل ولو استثنى وقال انت
حره الا جنينك ففي صحه الاستثنا وجهان رجح وجه من صحح الاستثنى انه اذا اطلق لا يسري
لانه ينفصل الا بعد الانفصال وعتق الميت لا يسري الثالث اذا اوصى بعبد لرجلين يعتق على احدهما
بالقرابه فان قبلا معا عتق على القريب وغرم للثاني نصيبه ان كان موسرا وسرى وان
قبل القريب اولا سرى ثم يغرم للوارث ان رد الاجنبي او يغرم للاجنبي ان قبل الاجنبي
وان قبله الاجنبي اولا واعتقه فان لم يقبل القريب استمر عتقه وان قبل فان
قلنا ملك الموصى له يحصل بموت الموصي فقد بان انه كان قد عتق وسرى وعتق الاجنبي
صادف حرا فيغرم القريب للاجنبي وان قلنا يحصل بالقبول فقد عتق الكل على الاجنبي
فيغرم الاجنبي للقريب الرابع اوصى له بثلث دار فاستحق ثلثاها فوجهان احدهما
يسلم له ثلثها ميلا الى تصحيح الوصيه والثاني وهو اختيار ابن سريج انه يصح في ثلث ذلك
الثلث لان اصل الوصيه شايع في الاثلاث الثلاثه ٥ الخامس اذا اوصى بنقل الصدقات

في نقل ما اوصى به للمساكين الى بلده اخرى وجهان ووجه الفرق ان الزكوات دارة متكررة
فيمتد اليها اطماع الحاضرين بخلاف الوصايا القسم الثالث من الباب

في الاحكام الحسابية وفيه مسايل الاولى اذا اوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد صرف الى
الموصى له النصف حتى يكونا متماثلين وان كان له ابنان فاوصى بمثل نصيب احدهما صرف اليه
الثلث وان كانوا ثلاثة فالربع وبالجملة نراعي المماثلة عندنا بعد القسمة وقال مالك هو
وصية بحصة الابن قبل القسمة فان كانوا اثنين فهو وصية بالنصف وان كانوا ثلاثة فهو
وصية بالثلث وهو ضعيف لان ما ذكرناه محتمل وهو الاقل فهو خيرته ولو اوصى بنصيب
ولده كان كما لو اوصى بمثل نصيب ولده وقال ابو حنيفة هو باطل لانه وصية بالمستحق
وهو ضعيف لانه اذا قال بعت بما باع به فلان فرسه صح وكان معناه بمثله ولو كان
له ابنان فقال اوصيت لك بمثل نصيب ابن ثالث لو كان لا يعطى الا الربع وكان ذلك الابن
المقدر كابن رابع وجهانه يعطى الثلث وكانه قدره مكانه الثانية اذا اوصى
بضعف نصيب احد ولديه اعطي مثله مرتين فلو كان له ابنان قسم المال من اربعة لكل
ابن واحد سهم وله سهمان ولو اوصى بضعفيه اعطي مثله ثلث مرات وقال ابو حنيفة
اعطي مثله اربع مرات والحاصل انا نضعف الزيادة دون المزيد عليه فاذا كان
الضعف ان يزاد على سهم مثله كان الضعفين ان يزاد عليه مثلاه وهو محتمل
وهو الاقل فينزل عليه الثالثة اذا اوصى بمثل نصيب احد ورثته اعطي مثل اقلهم
نصيبا بعد العول ان كانت المسالة عايلة الرابعة اذا اوصى بحظ او سهم او
قليل او كثير جاز التنزيل على اقل ما يتمول والرجوع الى الموصي وقال ابو حنيفة ينزل السهم
على السدس وهو تحكم وكذلك اذا اوصى بالثلث الا شيئا جاز التنزيل على اقل ما
يتمول وقال الاستاذ ابو منصور نترك النصف وزيادة الاستثنا ينبغي ان يقتصر على النصف
وهو خلاف نص الشافعي في الاقرار اذا قال لفلان علي عشرة الا شيئا الخامسة
اذا اوصى بثلث ماله ومات عن ابنين وبنتين فلتصحيح المسالة بالحساب طريقان احدهما
انه تصحح مسالة الفريضة وينظر الى ما بقي بعد اخراج سهم الوصية فان انقسم على الورثة
فقد صحت المسالتان وان لم ينقسم ولم يوافق ضربت مسالة الورثة في مسالة الوصية ومبلغها وان وافق
ضربت جز الوفق من مسالة الورثة في مسالة الوصية ومنها تصح بيانه في مسالتنا ان مسالة الوصية
من ثلثة سهم للموصى له يبقى سهمان لا ينقسم على ستة اذ مسالة الفريضة من ستة ولكن توافق
بالنصف فضرب نصف الستة في الثلاثة فصار تسعة وعند صحت المسالتان الطريقة

الطريقة

الثانية ان نصحح مسالة الوصية وننسب جزء الوصية منها الى ما بقي منها بعد اخراج الجزء
ونزيد مثل نسبته على مسالة الورثة مثاله ان مسالة الوصية من ثلاثة فيما فرضناه والجزء
الموصى به الثلث وهو سهم وننسبه الى الباقي مثل نصفه فنزيد على مسالة الورثة مثل
نصفها وهي من ستة فنصفها ثلثة فتصير تسعة فتصح المسالة السابقة اذا اوصى بما
يزيد على الثلث وردت الوصايا قسم الثلث على اصحاب الوصايا على نسبة تفاوتهم حالة الاجازة
فلو اوصى لانسان بالنصف ولآخر بالثلث فالمسالة من ستة لصاحب النصف ثلثه ولصاحب
الثلث سهمان مجموع ما لهما خمسة والتفاوت بينهما بالاخماس فاذا ارتد قسمة الثلث على نسبة
الاخماس فاطلب مالا لثلثه خمس وذلك تضرب ثلاثة في خمسة فتصير خمسة عشر فالثلث خمسة
يعطى صاحب النصف منها ثلثه ولصاحب الثلث سهمين لتحصيل التفاوت وقال ابو حنيفة
يخص بالرد السدس الزائد على الثلث من نصيب صاحب النصف ويبقى التساوي بينهما في الثلث
اما اذا اجيز بعض الوصايا ورد البعض فطريق تصحيحه ذكرناه في المذهب التبسيط مع
الحساب في الوصية بجزء من المال بعد اخراج نصيب احد الاولاد والحساب في الاستثناء على
اكمل وجه فليراجعه من رغب فيه فان هذا الكتاب لا يحتمل استقصاءه **الباب الثالث**
في الرجوع عن الوصية وهو جائز لانه عقد تبرع ولا قبض فيه فاذا لم تلزم الهبة قبل القبض
فهذا قبل الموت وقبل القبض اولى والرجوع باربعة اسباب **السبب الاول** صريح الرجوع
كقوله نقضت وفسخت وما ضاهيه ومن الصريح قوله هذا لورثتي او هو ميراث عني
او هو حرام على الموصى له ولو قال هو تركتي فالاصح انه ليس برجوع لان الوصية من التركة ايضا
السبب الثاني التصرفات المتضمنة للرجوع كالبيع والهبة مع القبض
والعتق والكتابة والتدبير فان من ضرورته تعمدها الرجوع عن الوصية **فرعان**
احدهما اذا اوصى لزيد ثم اوصى لعمرو بعين ذلك الشيء لم يكن رجوعا بل احتمل التشريك
فنزل عليه اخذا بالاقل واستصحابا لما سبق فهو كما لو قال اوصيت لهما على الجمع ولو
قال ما اوصيت به لزيد فقد اوصيت به لعمرو فهذا رجوع في ظاهر المذهب ولو اوصى بان
يكاتب او يعتق او يباع بعد موته فهو رجوع لانه ليس من جنس الاول حتى يحمل على التشريك
ولذلك لا يتطرق الجمع بينهما في صيغة التشريك بان يقول اوصيت به واعتقته ٥٥
الثاني اذا اوصى بثلث ماله ثم باع جميع ماله لم يكن رجوعا لان الثلث المطلق لا يختص في الاعيان
والبيع يتناول العين وكذلك لو هلك جميع ما ملك حال الوصية وتجدد من بعده شيء استحقه

الموصى له ٥ السبب الثالث مقدمات الامور المؤذنة بالرجوع كالعرض
على البيع والرهن قبل القبض و[القبول] والهبة قبل القبض والقبول الظاهر انه رجوع
لدلالته على قصد الرجوع وفيه وجه انه لا يتم الرجوع اما اذا زوج العبد الموصى به
او الامة الموصى بها او اجرهما او علمهما صنعة او ختنهما لم يكن رجوعا فرعان
احدهما اذا وطي وعزل لم يكن رجوعا وان انزل قال ابن الحداد هو رجوع لان التسري
يناقض قصد الوصية ولو حلف على [التسري] لا يحنث الا بالانزال فلو وطي وعزل لم يحنث
ومنهم من قال ما لم يحصل العلوق لا يتم الرجوع فهو كالعرض على البيع ونظايره ٥
الثاني اوصى له بمنفعة داره سنة ثم اجرها سنة وانقضت مدة الاجارة قبل
موته ثم مات فله سنة وان مات وصارت السنة الاولى مستغرقة بالاجارة فوجهان
احدهما انه لا حق للموصى له لانه اوصى له بالسنة الاولى وقد استوفاها المستاجر
والثاني انه تسلم اليه لان السنة الاولى لم يشترط للموصى له وانما تعين بحكم البدار الى
التوفية فاذا امتنع ما نوى من البدار سلم بعده ٥ السبب الرابع التصرفات
المبطلة اسم الموصى به كما لو اوصى بقطن فغزله او بغزل فنسجه او حنطة فطحنها او دقيق
فعجنه او عجين فخبزه فالكل رجوع لدلالته قصده وزوال الاسم فروع الاول
اذا اوصى بخبز فجعله فتيتا او بلحم فقدده او برطب فجففه او بثوب فقطع منه
قميصا او بخشب فاتخذ منه بابا ففي الكل وجهان و وجه بقاء الوصية ان الاسم الاول
يجوز اطلاقه بوجه ما ٥ الثاني اذا اوصى بدار فهدمها ان لم يبق اسم الدار فهو رجوع
وان انهدمت ولم يبق اسم الدار فوجهان ووجه البقاء انه لم يوجد من جهته قصد الرجوع
ولا ما يدل عليه وقياس هذا انه لو طحن الحنطة وغزل القطن بغير اذنه لا يفسخ الوصية
وحيث لا يفسخ ففي بقاء الحق في النقض خلاف ذكرناه ٥ الثالث لو بنا او غرس في
العرصة الموصى بها فثلثة اوجه احدها انه رجوع لان البناء عقد للاحراز بالوصية وهو
للتخليد والثاني لا فانه انتفاع مجرد والثالث انه رجوع في المغرس واس الجدار حتى لو
يخبل لم يرجع ايضا الى الموصى له وليس رجوعا عما عداه ٥ الرابع اذا اوصى بصاع
من حنطة وخلطه بغيره فرجوع اذ تعذر به التسليم وان اوصى بصاع من صبرة وخلطه
بمثله فليس برجوع لان الغرض لا يختلف وان خلط بالاجود فانه رجوع لانه احدث
زيادة لم يتناولها الاسم وان خلطه بالاردى فوجهان احدهما انه رجوع كالاجود
والثاني لا فانه تعييب فهو كما لو تعيب الموصى به ٥ الخامس لو نقل الموصى

والعوار (margin)
بلغ (margin)
يرجع (margin)

به الى موضع بعيد عن الموصى له ففيه وجهان **السادس** لو اوصى بقطن ثم حشا به
فراشه ففي كونه رجوعا وجهان ووجه التردد في هذه المسائل لا يخفى ماخذه

الباب الرابع في الاوصيا والنظر في اركان الوصاية واحكامها النظر

الاول في الاركان وهي اربعة الاول الوصي وله ستة شروط الاول التكليف فلا يصح الوصاية
الى مجنون وصبي فانهما يحتاجان الى الولي فكيف يفوض اليهما **الثاني** الحرية فلا يفوض
الى عبد لا بها ولانه والرق ساقط للولاية ولانها تستدعي فراغا للاهتمام بها والعبد مشغول
والمكاتب ومن بعضه حر ومن بعضه رقيق في حكم القن وقال مالك تفوض الى العبد وقال
ابو حنيفة اذا خلف اولادا كلهم صغار ففوض الى عبد نفسه جاز **فرع** اذا اوصى
الى مستولدته او مدبره ففيه ثلثة اوجه منشاه ان النظر الى مراعاة الشرط حال العقد
او حال الموت وفي الوجه الثالث تراعى الاحوال من العقد الى الموت حتى لو تخلل خلل بين العقد
والموت فسد ايضا والفسق وهو احسان ترجيح الصحة نظرا الى حالة الموت **الثالث**
العدالة فلا تفوض الى فاسق لانه تصرف على الطفل فيتعين شرط العدالة ولا عدالة في
الفاسق **فرع** لو طرى الفسق انعزل فان عاد امينا لم يعد وصيا وكذا القاضي
ينعزل على الاظهر ثم لا يعود قاضيا بالتوبة والاب ينعزل ولكن يعود وليا بالتوبة
فان الابوة قايمة وفي رجوع ولاية القاضي والوصي بالافاقة بعد الجنون وجهان والامام لا ينعزل
بالفسق على الاصح للمصلحة ولكن ان امكن الاستبدال به من غير فتنة فعله اهل الحل
والعقد **الرابع** الاسلام فلا تفوض الى كافر اذ لا ولاية لكافر على مسلم ولو اوصى
كافر الى كافر في ولاية الكافر صح ان كان عدلا في دينه بنا على الاظهر في ان الكافر
في النكاح كافر **الخامس** الكفاية والهداية للتصرف فلا عبرة في
التفويض الى العاجز عن التصرف **فرع** لو ضعف نظره وعجز عن حفظ الحساب
بعد ان كان قادرا نصب القاضي معه من يحفظ الحساب ولا يعزله بخلاف الفسق
فانه يفوت اصل الغرض وبخلاف ما لو نصب الحاكم فيما ضعف نظره في الحساب
فان القاضي يعزله لانه مولى من جهته والابدال اصلح والموصى منصوب الاب فيحفظ ما
امكن **السادس** البصر في تفويضها الى الاعمى وجهان منشاهما التردد
في انه هل يخالف الغبطة ام لا **فرع** يجوز التفويض الى النسا والام اولى من
ينصب فيما ان لم يفوض اليها الاب فلا ولاية لها وقال الاصطخري هي ولية في المال

مقدمه على وصي الاب لانها احد الاصلين **الركن الثاني الموصى** وهو كل من له ولايه على الاطفال لو نفى حياكالاب . والجد ولا يجوز للوصي الايصا لانه لا ولايه له وانما هو نايب خلافا لابي حنيفه ولا يجوز نصب الوصي على الاولاد البالغين اذ لا ولايه عليهم نعم له نصب وصي لقضا ديونه وتنفيذ وصاياه ولا يجوز للاب نصب الوصي في حياه الجد فان الجد بدل الاب شرعا فهو اولى من نايبه لفظا وقال ابو حنيفه وصي الاب اولى من الجد وهو وجه لاصحابنا **فرع** على الاول اذا اوصى بثلثه وخلف جد الاطفال فليس للجد التصرف في الثلث لانه ليس وصيا ولا قيما واما التصرف فيه للقاضي حتى يصرفه الى مصارفه **الثاني** اذا اذن للوصي في الايصا عند موته الى غيره ففيه قولان احدهما لا يجوز لان ولايته زايله بعد موته فلا يوثر اذنه وليس للوصي رتبة الايصا والثاني وهو الاقيس جوازه لان الشرع فوض اليه النظر للاطفال بعد الموت ولذلك لو قال ابي وصي الى ان يبلغ هذا الصبي فاذا بلغ فهو الوصي صح وهو تفويض بعد الموت وكذلك اذا اوصى الى رجلين وقال اذا مات احدهما انفرد الاخر جاز اما اذا قال اوصيت الى شخص فذلك الشخص وصي او عين شخصا فقال اذنت لك في الايصا اليه ففيه طريقان منهم من قطع بالجواز كما اذا علق ببلوغ الصبي ومنهم من خرج على القولين **الركن الثالث** الموصى فيه وهو التصرفات الماليه المباحه التي يتولاها القاضي لولا الوصي فاما بنا البيعه او كنيسة التوريه وما هو معصيه فلا يصح الايصا فيه ولا يجوز الايصا في تزويج الاولاد اذ لا غبطه ان يعقد عليهم من لا يتغير بضررهم وقال مالك يجوز الايصا في ذلك **الركن الرابع الصيغه** وهو ان يقول اوصيت اليك وفوضت اليك امور اولادي وما يجري مجراه ولا بد من القبول في الاظهر انه بعد الموت اعني بعد القبول

فروع الاول لا يكفي قوله اوصيت اليك وامر اطفالي او يشترط ان يقول معه وفوضت اليك التصرف في المال فيه وكان منهم من قال مطلق الايصا لا يقتضي الاحفظ المال ولا بد من التصريح بالتصرف ومنهم من قال فيه وكان العرف يغني عن التعرض له **الثاني** اذا اعتقل لسانه وقري عليه الكتاب فاشار براسه جاز لانه عاجز كالاخرس **الثالث** لو اوصى اليه في جنس من التصرف معين لا يتعدا الى غيره خلافا لابي حنيفه **الرابع** لو اوصى الى رجلين ان صرح بتسلط كل واحد على الاستقلال او بالمنع من الاستقلال فهو كما صرح وان اطلق نزل على نفي الاستقلال ولا يتصرف واحد دون اذن صاحبه بناء على الاقل نعم ما لا يحتاج فيه الى الوصي كالتمكين من اخذ المغصوب والوديعه واعيان الحقوق لا يحتاج فيه اليهما لانه لا يحتاج اصلا الى الاذن بل للمستحق الاخذ اذا

الوصي الرضي

طرفيه وسهو عن نصب الوصيين صور الاولى انه اذا مات احدهما فان كان قد اثبت
لكل واحد منهما الاستقلال انفرد الباقي وان لم يثبت الا الشركة فللقاضي ان ينصب بدلا عن
الميت فانه ما رضي الاب الا براي شخصين فان جعل الثاني وصيا وان يتولى الوصي وحده ففي
جوازه وجهان الثانية اوصى الى زيد ثم اوصى الى عمرو فان لم يقبل عمرو انفرد زيد بالتصرف
وان قبل كان شريكا ولم يكن قبوله ثم للاول بل ينزل منزلة الوصيين الا اذا صرح وان اوصى
الى زيد ثم قال له ضممت اليك عمرا فان قبلا جميعا شريكان وان قبل زيد دون عمرو فزيد
مستقل وان قبل عمرو دون زيد فلا يستقل لان لفظ الضم لا يليق الا عن الشركة فرد
زيد كموته فيفتقر الى بدل عنه الثالثة اذا اختلفا في تعيين من يصرف اليه
الوصية من الفقراء او المساكين تولاه الحاكم بتولي التعيين ولو اختلفا في حفظ المال
فيطلب موضع مشترك يكون محفوظا فيه عن جهتهما او سلما على ثالث او تقسم
ما يقبل القسمة فيتفرد كل واحد بحفظ البعض وما لا يقبل القسمة يتولى القاضي حفظه
ومن الاصحاب من قال الشافعي ذكر القسمة واراد به ما اذا اثبت لكل واحد الاستقلال
في الوصاية والا فكيف ينفرد بحفظ البعض وموجب الوصاية الاشتراك في الكل
النظر الثاني في احكام الوصاية وهي ستة الاول انه يقضي الديون اللازمة في
مال الصبي من ارش الجناية والاعواض والكفارة عند القتل وينفق عليه بالمعروف فلو
نازعا بعد البلوغ في مقدار الحاجة في النفقة فالقول قول الوصي لانه امين والاشهاد
على النفقة متعذر في كل يوم وكذلك اذا نازعا في كون البيع موافقا للغبطة فالقول
قول الولي والوصي اذ الاصل عدم الخيانة وان نازعا في دفع المال بعد البلوغ اليه فالظاهر
ان القول قول الصبي اذ الاصل عدم الرد والاشهاد عليه مامور به في كتاب الله تعالى وكذلك
ان نازعا في كتاب ابيه او تاريخ موت الوالد اذ تكثر النفقة بطول المدة فالبينة
على الوصي اذ الاصل عدم الموت واقامة البينة على الموت ممكن الثاني لا يزوج
الوصي الاطفال وقد ذكرناه الثالث لا يتولى الوصي طرفي العقد ولا يبيع ماله من نفسه
بخلاف الاب فانه يجوز له ذلك لقوة الابوة نعم له ان يوكل في التصرفات الجزئية كما
للاب وليس له الايصاء بخلاف الاب الرابع الوصاية عقد جائز وللوصي عزل نفسه
مهما شاء وقال ابو حنيفة ليس له عزل نفسه بعد موت الموصي الخامس اذا لم يملك
الا عبدا واوصى بثلث ماله فليس للوصي الا بيع ثلثي العبد وقال ابو حنيفة له بيع الكل فان
التشقيص ينقص من الثلث السادس للوصي ان يشهد على الاطفال وله ان يشهد لهم

بما لا يستفيد بالشهادة به سلطنة واتساع تصرف حتى لو كان وصيا
بالتصرف في الملك وشهد لهم بمال الاحوز اذ يتسع به الملك فيتسع تصرفه

كتاب الوديعة

وهي مشتقة من قولهم ودع الشي اذا اسكن واستقر اي انها ساكنة مستقرة
عند المودع وقيل انها مشتقة من قولهم فلان في دعة اي في خفض من العيش
اي ان الوديعة في دعة غير مبتلاه بالانتفاع والنظر في اركان الوديعة
واحكامها اما الاركان فالمودِع والمودَع والوديعة والصيغة
اما الوديعة فهو كل مال تثبت عليه اليد الحافظة اما المودِع والمودَع
فلا يعتبر فيهما الا ما يعتبر في الوكيل والموكل لان الايداع استنابة في الحفظ
فلا يستدعي الا التكليف من الجانبين فرعان احدهما لو اخذ الوديعة
من صبي ضمن الا ان خاف من الصبي الاهلاك فاخذه على قصد الحسبة ففي ضمانه
وجهان كما لو خلص طائرا من جارحة ليحفظه على صاحبه ٥ الثاني لو اودع صبيا
فاتلفه الصبي ففي الضمان قولان احدهما انه لا يجب لانه مسلط عليه فصار كما
لو استقرض او ابتاع فاتلف والثاني انه يجب لانه مسلط على الحفظ لا على
الاتلاف واما البايع والمقرض فقد سلطا على الاتلاف وشرطا عليه عوضا
فيفسد الشرط وبقي التسلط وهذا الخلاف جار في تعلق الضمان برقبة العبد
اذا اتلف بعد ان اودع ولا خلاف في تعلق الضمان بذمته فاما الصيغة فهو
ان يقول احفظ هذا المال او استودعتك او ما يفيد معناه وفي اشتراط
القبول لفظا ما ذكرناه في الوكالة وهاهنا اولى بان لا يشترط لانها ابعد عن مشابهة
العقود فان لم يشترط القبول لفظا فاذا اخذ الوديعة او وضعه بين يديه
فرفعها كان ذلك قبولا ولو قام من المجلس ولم ياخذ كان ذلك ردا للوديعة
ولو قام المالك اولا وخلا بينها وبين المودع لم يعقد الوديعة لان التخلية قد
تقوم مقام القبض ولكن اذا استحق القبض فان قيل الوديعة عقد او اذن
مجرد قلنا قد ذكر القاضي حسين فيه خلافا وبني عليه التردد في ان المودع
اذا عزل نفسه هل ينفسخ العقد وذكر فيه وجهين نعم لانه عقد جايز

١٧

مُسْلِطٌ

والثاني انه تسليط فضاهى اباحة الاكل للضيف ولا معنى للفسخ فيه فان قلنا
ينفسخ بقيت الوديعة امانة شرعية كما لو طير الريح ثوبا والقاه في داره
حتى لو تمكن من الرد الى المالك ولم يرد ضمن على احد الوجهين اما حكم الوديعة
فهو انه عقد جائز من الجانبين ينفسخ بالجنون والاغما والموت وموجب العقد
التسليط على الحفظ بالمعروف وانه ان تلف بغير تقصير فلا ضمان وانه مهما طلب
المالك وجب التمكين من الاخذ فالنظر اذا في الضمان وفي رد العين اما الضمان
فسببه التقصير وللتقصير ثمانية اسباب الاول ان يودع عند غيره
من غير عذر فيضمن لانه لم يرض المالك بيد غيره ولا فرق بين ان يودع زوجته او عبده
او اجنبيا الا ان يسلم الى عبده وزوجته ليوصله الى حرزه اعني حرز المودع فان
اودع القاضي وقبله القاضي فلا ضمان لانه ربما يتبرم من الحفظ فلا يلزمه المداومة
عليه وان شهد امانة القاضي وان ابا القاضي ان ياخذه هل يجوز له ذلك فيه وجهان
احدهما لا يجوز لانه نايب عن كل غايب فليقبض عنه والثاني لا يلزمه لانه التزم
الحفظ فليف به وفي وجوب قبول المغصوب من الغاصب وجهان مرتبان على
المودع واولى بان لا يلزم لانه في يد الغاصب مضمون وفي وجوب قبول الدين ممن عليه
وجهان مرتبان على المغصوب واولى بان لا يلزم لان الدين غير معرض للتلف في ذمته
ولا ينقل عليه حفظه هذا اذا اودع غيره بغير عذر فان حضره سفر فليرده
على المالك فان عجز فالى القاضي فان عجز فالى امين فاذا فعل شيا من ذلك لم يضمن
وان اودع امينا مع القدرة على الحاكم ضمن وقيل انه لا يضمن وان عجز عن الكل فوجهان
احدهما انه يسافر ولا ضمان عليه للضرورة والثاني انه يضمن فانه التزم الحفظ فليتعرض
لخطر الضمان او ليترك السفر السبب الثاني السفر بالوديعة وهو
سبب للضمان اذا لم يكن عذر لان المسافر وماله لعلى قلت الا ما وقا الله عز وجل
الا اذا اخذه في السفر فله استدامة السفر وقال ابو حنيفة يسافر به اذا
كان الطريق امنا اما اذا كان لعذر مثل حريق او نهب او غارة او غلبة على البلد فلا ضمان في السفر به فان
كان العذر حاجته الى السفر فقد ذكرنا حكمه فرع لو حضرته الوفاة

فَسَخَ فيشهد اي يكون اذا [illegible]

[illegible]

وان عجز عن ذلك [illegible]

بحكمه حكم من حضره سفر فليودع الحاكم او امينا ان عجز عن الحاكم او ليوص
الى وارثه وليشهد عليه ضبا لنه عن الانكار وان سكت ولم يخبر به احدا ضمن الا اذا
مات فجاة ولو اوصى الى فاسق ضمن وان اوصى الى عدل فلم توجد الوديعة في تركته
فلا ضمان ويحمل على انه ضاع قبل موته فان قال عندي ثوب وله اثواب ضمن لانه
ضيّعه بالخلط ولو لم يوص فوجد في تركته كيس مختوم مكتوب عليه انه
وديعة فلان لا يجب تسليمه بمجرد ذلك فلعله كتبه تلبيسا او تملكه بعد الكتبة
ولم يغير المكتوب ° **السبب الثالث** نقل الوديعة من قرية الى قرية
فان نقلها من قرية اهله الى قرية غير اهله ضمن لان قرية اهله احرز في حقه وان كان
بالعكس وبينهما مسافة تسمى سفرا ضمن لانه سافر به فان كان قرية اهله مثل
الاولى واحرز فلا ضمان لانه زاد خيرا وان كان دونه ضمن لانه نقص الاحراز فكان كما
لو سافر به فان نقلها من بيت في داره الى بيت اخر وهو مثل الاحراز او فوقه لم يضمن وان
كان دونه ضمن مهما كان البيت الاول معينا من المالك وان قال المالك احفظ هذا
في هذا البيت ولا تنقل الى ما هو فوقه او مثله ضمن لمخالفته الشرط الا اذا نقل بعذر
حريق او غارة **فروع اربعة** حيث جوزنا النقل الى مثله فانهدم البيت المنقول
اليه فتلفت الوديعة ضمن لان ذلك جوز بشرط سلامة العاقبة وانما لا يضمن اذا
جا التلف من ناحية اخرى وكذلك اذا قال احفظ في هذا البيت ولا تدخل عليه احدا
فادخل انسانا وتلفت لا من جهة الداخل لم يضمن وان تلف من جهة الداخل ضمن وكذلك
مكتري الدابة في المركوب اذا ربطها في الاصطبل فماتت لم يضمن فان انهدم عليها
الاصطبل ضمن **الثاني** اذا قال احفظ في هذا البيت ولا تنقل وان وقعت ضرورة فنقل
بغير ضرورة ضمن من اي جهة كان التلف لانه تصرف في ماله مع نهيه عنه وان
وقعت ضرورة فتركها لم يضمن لانه ماذون في التضييع ولكن الاولى ان ينقل لان
التضييع مكروه ثم اذا نقل ففي الضمان وجهان كما في المحتسب مع الغاصب باخراج
المغصوب من يده ووجه الضمان انه اثبت اليد على ماله بغير اذنه فكان الاحسان جابرا
بشرط ايصاله اليه او ركوب غرر الضمان **الثالث** اذا نقل من ظرف الى ظرف
كصندوق او كيس فان كانت الظروف للمالك فتصرفه فيها بالنقل المجرد ليس
بمضمن الا اذا فض الختم او حل العقد هذا ما دل عليه مطلق كلام الشافعي وان كان

الظرف للمودع يحكمه حكم البيت في النقل الى الاحرز او المثل والاصعف ٥

الرابع لو قال لا تنقل فادعا انه نقل للضروره فان كان يعرف سبب الضروره مشهورا

فالقول قوله والا فالقول قول المالك فان الاصل عدم السبب وكونه مخالفا للفظ بظاهره

السبب الرابع التقصير في دفع المهلكات وفيه مسائل احدهما اذا اودعه

دابه فترك العلف والسقي الا اذا كان ماذونا في تركه فيعصي ولا نضمن العلف

لا يلزمه من ماله بل يرفع الامر الى القاضي حتى يستقرض على المالك فان عجز وانفق من ماله

واشهد فعلى الرجوع خلاف فان قلنا انه يرجع فقد نزلناه منزله الحاكم فله ان يبيع

جزا من الدابه ان لم يجد طريقا الى النفقه سواه فرع لو امر على امانه بالعلف

والسقي وكان عادته ذلك جاز وان كان عادته المباشره بنفسه فاستناب في

الوديعه غيره حتى تلف بيده عليه في السقي ضمن وقال ابن سريج لا يضمن لان يد صاحبه

وخادمه كيده في العاده والاظهر انه ان اخرجه بنفسه للسقي والطريق امن لم يضمن

وقال الاصطخري يضمن لانه اخرج الوديعه من الحرز من غير حاجه الا اذا تعذر السقي في

المنزل المساله الثانيه الثوب الذي يفسده الدود من الخز والصوف

لو ترك ضيانته بالنشر والتعريض للرياح ضمن وان كان لا يندفع الدود الا بان يلبسه

ويعبق به ريح الادمي فله لبسه ٥ السبب الخامس الانتفاع فاذا لبس الثوب

او ركب الدابه ضمن الا ان يلبس الثوب لدفع الدود والدابه لدفع الجماح عند السقي

وكذلك اذا اخذ الدراهم ليصرفها الى حاجته ضمن بالاخذ وان لم يصرفه الى حاجته

وقال ابو حنيفه لا يضمن بمجرد الاخذ ونحن نزيد على هذا القول ونقول لو حل ختم الكيس

ضمن ما في الكيس لانه يعد جنايه على الكيس وهل يضمن الكيس في نفسه فيه وجهان

اما اذا حل عقدا على الكيس من نفس الكيس او من خيط واعاده لم يضمن لان

ذلك لا يعد جنايه ولو اخرج الدابه ليركبها فلم يركبها ضمن ولو نوى اخراج الدابه

واخذ الدراهم فلم يخرج ولم ياخذ لا يضمن بخلاف الملتقط فانه يضمن بالنيه لان سبب

امانته نيته فيتغير الامانه بتغير النيه وهاهنا سبب امانته استيثاق المالك يده فلا يتغير

الا بفعل وان عين المال وقال ابن سريج يضمن كالملتقط ومن الاصحاب من قال لو نوى ان لا يرد

على المالك ضمن بمجرد النيه لانه صار به ممسكا على نفسه ٥ فرعان احدهما لو ضمن

الدرهم بالآخر فرده إلى الكيس فإن لم يختلط فالضمان مقصور عليه وإن اختلط
فوجهان أحدهما أنه يضمن لأنه خلطه بالمضمون فهو كما لو خلط درهما لنفسه فإنه
يضمن الكل والثاني لا لأنه خلط ملكه بملكه بخلاف ما إذا خلط بملك نفسه
فإنه يتعذر به تسليم ملك المالك الثانية إذا أتلف بعض الوديعة لم يضمن
الباقي إذا كان المتلف منفصلا كما لو أتلف أحد الثوبين وإن كان متصلا كما لو
قطع ذراعا من ثوب أو طرفا من الدابة فإن كان عامدا ضمن لأنه جناية على الكل
وإن كان خطأ ضمن المتلف وفي الباقي وجهان أظهرهما أنه لا يضمن لأنه لا يعد خائنا
مع السهو السبب السادس التقصير بكيفية الحفظ وفيه ثلث صور
الأولى إذا أسلم إليه صندوقا وقال لا ترقد عليه فرقد قال الشافعي فقد زاده
خيرا فلا ضمان وقال مالك يضمن لأنه أغرى اللص به وما ذكره متجه إذا أخذ السارق
من جنب الصندوق في الصحراء فإن هذا من قبيل المخالفة المجانبة بشرط سلامة العاقبة
الثانية سلم إليه دراهم وقال اربطها في كمك فأمسكها في يده فإن أخذه غاصب
لا ضمان لأن اليد أحرز في هذه الحالة وإن استرخى بنوم أو نسيان ضمن لأن الربط أحرز
ها هنا ولو ربط في كمه قال الشافعي إن جعل الخيط الرابط خارج الكم ضمن لأنه أغرى
الطرار به فإن جعله داخل الكم لم يضمن وقال المحققون هذا إنما يستقيم إذا ضاع من
وجهه الطرار فإن ضاع بالاسترسال فينبغي أن يكون الحكم بالعكس من هذا ه
الثالثة إذا أودعه خاتما قال أبو حنيفة إن جعله في خنصره ضمن لأنه مستعمل
وفي أصبع أخرى لا يضمن لأنه إحراز وليس باستعمال وما ذكره غير بعيد عن القياس
إلا إذا كان يقصد الحلقة على غير الخنصر فالحفظ فيه محمول على قصد الإحراز السبب
السابع التضييع وله ثلث صور الأولى أن يلقيه في مضيعة فيضمن ويلتحق به ما لو
دل السارق عليه أو دل من يصادر المالك عليه فإنه يضمن لأنه خالف الحفظ الملتزم
بخلاف من لا يد له على المال فإنه إذا دل لم يضمن لأنه لم يلتزم الحفظ ولم يتصرف في المال
الثانية إذا ضيع بالنسيان فقد سئل الخضري عن زوجة سلمت خلخالا إلى زوجها
ليسلمه إلى الصائغ فسلم ونسي الصائغ فقال إن لم يشهد يضمن للتقصير في الإشهاد وإن أشهد
فلا يضمن وإن مات الشهود أو نسوا وهذا مصير إلى أن النسيان ليس بتقصير وهو غير
بعيد لأن الناسي معذور شرعا ومن أصحابنا من قال يضمن بالنسيان وإن أشهد
فإن المودع الحفظ والنسيان لا يؤثر في دفع الضمان الثالثة إذا أكرهه

طالم على التسليم فقرار الضمان على الظالم وفي توجه المطالبه على المكره وجهان جاريان في المكره على اتلاف مال الغير هذا اذا لم يقدر على دفع الظالم فان قدر على دفعه باخفا الوديعه فلم يفعل فان حلفه الظالم فليحلف وليكفر ولا باس بان يحلف كاذبا اذا كان مقصوده حفظ حق الغير وقد جوز الشرع كلمه الرده لحفظ النفس فان حلف بالطلاق وطلقت زوجته لانه قدر على الخلاص بتسليم الوديعه وان سلم الوديعه ضمن لانه قادر على ان لا يسلم بالحلف وهو كما لو خير بين ان يطلق احدى زوجتيه لا على التعيين اكراها فعين احداهما للطلاق وقع الطلاق ○ السبب الثامن للضمان الجحود

اي خير بين الطلاق وبين تسليم الوديعه

وجحود الوديعه مع غير المالك ليس بمضمن اذ عاده الوديعه الاخفا فاما مع المالك فبعد المطالبه بالرد يضمن وان لم يطالب ولكن قال لي عندك شي فسكت لم يضمن وان انكر فوجهان احدهما لا لان الجحود بعد الطلب والثاني انه يضمن لانه جحود اذ وقع بعد السوال ○

فرع اذا جحد فالقول قوله مع يمينه فان اقام المودع بينه على الايداع فادعا الرد او التلف قبل الجحود نظر الى صيغه جحوده فان قال ليس لك عندي شي فقوله مقبول في الرد والتلف لانه لا ينافي كلامه وان انكر اصل الوديعه فقوله في الرد والتلف لا يقبل ولو اقام عليه بينه فقيه وجهان احدهما لا لمكان السبب تبنى على الدعوى ودعواه باطله لما سبق من قوله المناقض له والثاني انه يقبل لانه كاذب في احد قوليه لا محاله والبينه تبين ان الكذب في الاول لا في الثاني هذا ما اردنا ان نذكره من اسباب الضمان ومهما جرى سبب الضمان فعاد امينا وترك الخيانه لم يبرا عن الضمان عندنا خلافا لابي حنيفه فلو استانف المالك ايداعه فالظاهر انه يزول الضمان وفيه وجه انه لا يزول الا ان يرده كضمان يد الغاصب ○ المطلب الثاني في رد العين اذا كانت باقيه وهو واجب مهما طلب المالك فان اخر بغير عذر ضمن وان كان في جنح الليل وتعذر عليه الوصول اليه لم يضمن وان كان في حمام او على طعام لم يعص بالتاخير في هذا القدر ولكنه جايز بشرط سلامه العاقبه فان تلف بهذا التاخير ضمن وان عين وكيلا ليرد عليه لزمه الرد مهما طالبه فان تمكن ولم يطالبه الوكيل ففي الضمان وجهان كمن طيره في الثوب اذا طيره الريح في داره وحقيقه الوجهين ان الامانه الشرعيه تتمادا الى التمكن من الرد وهل تتمادا الى المطالبه بالرد وبعد ان امره بالرد على الوكيل فقد عزله وصارت امانه شرعيه ○

فرع اذا ان احدهما لو طالبه بالرد فادعا التلف فالقول قوله مع يمينه الا ان يدعي التلف

خرنوا او نهب او غاره فانه لا يصدق ما لم يستفيض او لم يعلم علمها البينه لان اقامه
البينه عليه سهل و لو اطلق دعوى التلف فطالبه المالك بتفصيل السبب فلا يلزمه
البيان فليس عليه الا اليمين على التلف فاما اذا ادعى الرد على غير من ايتمنه فالقول
قوله مع يمينه لانه اعترف بامانته فلزمه قبول يمينه فان ادعا الرد على غير من ايتمنه
كما اذا ادعى الرد على وارث المالك بعد ان مات المالك او ادعا وارث المودع الرد على
المالك او ادعا الملتقط او من طيرت الريح ثوبا في داره ردا على المالك فهو لا يصدقون
الا ببينه وكذلك اذا ادعا الرد على وكيل المالك وانكر الوكيل فالقول قول الوكيل ولا يحب
على المالك تصديق المودع لان الخصومه الان مع الوكيل وقال ابو حنيفه يلزمه تصديقه
لان وكيله بمنزلته وان اعترف بالتسليم ولكن نسب المودع الى التقصير بترك الاشهاد
اذا انكر وكيله فهل يضمن بهذا التقصير فيه وجهان احدهما يضمن كما اذا وكله بقضا
دين فلم يشهد والثاني لا لان الوديعه عادتها الاخفا ولا معنى للاشهاد مع الوكيل فانه
ان كان يستجيز الخيانه فيدعى التلف او الرد ويكون مصدقا بيمينه بخلاف مستحق
الدين فانه لا حيله له مع الاشهاد والخلاف في وجوب الاشهاد جار في الوصي اذا رد
المال على اليتيم بعد بلوغه فان قلنا يجب الاشهاد فتنازعا في جريانه فالاصل عدمه والقول
قول المالك في عدمه فان قيل فلو اودع المودع عند انسان اخر باذن المالك عند سفره
فهل يصدق المودع الثاني في دعوى الرد قلنا ينظر فان عينه المالك صدق في
دعوى الرد على المالك لانه مودع من جهته وان لم يعينه ولكن قال اودع امينا
فعينه المودع الاول فلا يصدق الا في دعوى الرد على المودع الاول فاما على المالك فلا
الثاني اذا ادعى رجلان وديعه عند انسان فقال هي لاحدكما وقد نسيت عينه فان اعترفا
له بعدم العلم فلا خصومه لهما معه وفي الوديعه قولان احدهما انها تنقل الى يد امين ويوقف
الى ان تنفصل الخصومه بطريقها لان هذا الامين انعزل لما لبسها بالرد والثاني انه يترك
في يده فانه امين حاضر فلا معنى لاستيناف امين اخر ثم هذا المال يجعل كانه في يدهما
وقد تنازعاه او يجعل كما لو في يد ثالث يدعاه اجنبيا فيه وجهان قال القاضي حسين يجعل
الشي في يدهما لان الحق لا يعدوهما باتفاق الجميع وقال المحاملي لا يجعل في ايديهما فانه لم يثبت
لاحدهما يدا اما اذا ادعيا العلم على المودع فيكفيه ان يحلف لهما يمينا واحده على النفي
وقال ابو حنيفه يحلف لكل واحد منهما يمينا فاذا احلفناه يحلف عاد الامر كما كان في
الصوره الاولى فان نكل حلفا لمن الرد واذا حلفا ضمن المودع القيمه وجعلت القيمه
انصافا في يدهما فيحصل لكل واحد منهما على نصف الوديعه ونصف القيمه فان سلم العين

لاحدهما دون الاخر ببينة او يمين مردوده اذ من سلم العبد له نصف القيمة التي بيده
الى المودع اذ وصل اليه المبدل فاما الاخر فلا يرد النصف الذي في يده فانه استحقه
بيمين مردوده من جهة المودع وما رجع اليه مبدله هذا كله تفريع من الاصحاب على ان المودع
لا يضمن بالنسيان وقد ذكرنا وجها في تضمينه فعلى هذا يضمن بمجرد النسيان والاحتياج
الى النكول واليمين والله اعلم

كتاب قسم الفيء والغنايم

وفيه بابان

الباب الاول في الفيء

وهو كل مال لكافر فاء الى المسلمين من غير ايجاف
خيل وركاب كما اذا انجلوا عنه خوفا من المسلمين من غير قتال او بذلوه للكف
عن قتالهم وهو مخمس كما سياتي تفصيله وكذلك ما اخذ بغير تخويف كالجزية والخراج
على ارضهم والعشر من تجارتهم ومال المرتد ومال من مات منهم ولا وارث له والصحيح
ان هذا ايضا يخمس لعموم قوله تعالى ما افاء الله على رسوله وفيه قول قديم انه لا يخمس لانه ماخوذ
بالرضا فيشبه الماخوذ بالبيع واذا عرف ان الفيء يخمس فالنظر في طرفين الطرف
الاول في الخمس وهو مقسوم بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم اذ كان الفيء كله
لرسول الله صلى الله عليه وسلم السهم الاول لله تعالى ولرسوله فهو مصروف الى مصالح
المسلمين لانه عليه السلم ساول من الارض وبرة من بعير فقال والذي نفسي بيده ما لي مما افاء الله
الا الخمس والخمس مردود عليكم واراد به ما بعد الوفاة والرد على الجملة بالصرف الى
المصالح العامة كسد الثغور وعمارة القناطر وارزاق القضاة وغيرها ومن الاصحاب
من قال يصرف سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الامام فانه خليفته السهم الثاني
لذوي القربى وهم المدلون بقرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم كبني هاشم وبني المطلب دون
غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم على هولاء ومنع اولئك
وقال ابو حنيفة الخمس يقسم على ثلثة اسهم فاما سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
وسهم ذوي القربى فقد سقط بوفاته وقال بعض العلما يقسم ستة اسهم وسهم الله تعالى
يميز عن سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فيصرف الى زينة الكعبة ومصالحها وهو
باطل لقوله عليه السلم الخمس مردود عليكم ولو صح ذلك لكان نصيبه سدسا فاذا ثبت
انه لذوي القربى فيشترك في استحقاقه اغنياؤهم وفقراؤهم لان العباس كان ياخذ منه
وكان من اغنيائهم ويشترك فيه الكبير والصغير والنساء والرجال والحاضر في ذلك
الاقليم والغائب تعلقا بعموم القرابة ويفضل الذكر على الانثى لانه مستحق بالقرابة فيشبه

نص
الميراث هذا نص الشافعي وقال المزني تسوى كالوصية للاقارب وهو القياس فرع قال العراقيون اولاد البنات لا يستحقون فانه لا نسب من جهة الامهات وهذا مستحق بالنسب وذكر القاضي حسين ان من يدلي بجهتين يفضل على من يدلي بجهة واحدة كما يقدم الاخ من الاب والام على الاخ من الاب وهذا يدل على ان الادلا بالام له اثر في الاستحقاق وعند الاجماع فلا يبعد عن القياس ان يوثر عند الانفراد مع شمول اسم القرابة

السهم الثالث اليتامى وهو كل طفل لم يبلغ ولا كافل له من اولاد المرتزقة وغيرهم وقال القفال يختص باولاد المرتزقة وهو بعيد نعم هل يشترط كونه فقيرا فعلى وجهين احدهما لا كما لا يشترط في ذوي القربى لانه زيادة شرط على الوصف المذكور والثاني نعم اذ لفظ اليتيم ينبئ عن الحاجة الى التعهد والغني الذي يتعهد غيره من ماله بالزكوة والنفقة بعيد فهمه عن الاية

السهم الرابع للمساكين ويجوز صرفه الى الفقرا فانهم اشد حاجة منهم

السهم الخامس لابنا السبيل وسياتي بيان الصنفين في تفريق الصدقات فان قيل وهل يجب التسوية بينهم قلنا اما سهم الخمس فلا بد ان يساوى في الاصل واما سهم ذوي القربى فيقسم بالتسوية الا بسبب الذكورة والانوثة فاما المستحق باليتم والمسكنة والسفر فيتفاوت لتفاوت الحاجة

الطرف الثاني في الاخماس الاربعة وقد كان ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم مع الخمس وبعده فيه ثلثة اقوال احدها انه مردود الى المصالح كالخمس من الخمس المضاف الى رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني انه يقسم على الجهات كما يقسم الخمس فعلى هذا يقسم جملة الفي خمسة اقسام وعليه يدل قوله تعالى ما افا الله على رسوله الاية والثالث وهو الاظهر انه للمرتزقة المقاتلين كان بعده اخماس الغنيمة فانها للحاضرين في القتال اذ كان باحده رسول الله صلى الله عليه وسلم لان الكفار كانوا يحذرون منه والان يحذرون من جند الاسلام وذهب بعض الشيعة الى انه موروث منه لاقاربه وهو باطل لقوله صلى الله عليه وسلم نحن معاشر الانبيا لا نورث ما تركناه صدقة واذا ثبت انه للمقاتلين فليراع الامام في القسمة سبعة امور الاول ان يضع

ديوانا احصى فيه المرتزقة باسمايهم ونصب لكل عشرة منهم عريفا يجمعهم في
وقت العطا ليكون اسهل عليه الثاني ان يسوي ولا يفضل احدا بسبق في الاسلام ولا
سن ولا نسب بل يعطي كل واحد على قدر حاجته فيزيد بزيادة الحاجة ولا يعطيه ما
يقصر عن كفاية زوجته واولاده لانهم كفوا المسلمين امر الجهاد فليكفوا
امر النفقة فان كان لواحد اربع زوجات انفق على الكل وينفق على عبده وفرسه فان
لم يكن له عبد وفرس واحتاج اليه اشترى له ولو كان له عبيد للخدمة لا ينفق على
اكثر من واحد لانهم لا حصر لهم بخلاف الزوجات ويعطا الولد الصغير كما يعطا الكبير
وكلما كبر وزادت حاجته زيد في جرايته وكان عمر رضي الله عنه يفضل البعض
على البعض وابو بكر رضي الله عنه كان يسوي فرا الشافعي الاقتدا بالصديق وتشبيها
بالغنيمة اذ يسوى فيها بين الشجاع والضعيف الثالث ان يقدم في الاعطا الاولى
بالتقديم فيقدم قريشا ويقدم من جملتهم بني هاشم وبني المطلب ويسوي بينهم لانه عليه
السلام شبك بين اصابعه في تسليمهم تنبيها على التسوية نعم ان كان فيهم مسن قدم الاسن
ثم يعطي بعدهم بني عبد شمس وبني نوفل ابني عبد مناف ويقدم بني عبد شمس لان عبد شمس
اخو هاشم من ابيه وامه ونوفل اخوه من ابيه لا من امه ثم يعطي عبد العزى وعبد الدار
ويقدم عبد العزى على عبد الدار لان فيهم اصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك
يعطي الاقرب فالاقرب حتى ينقضي قريش ثم يقدم الانصار على سائر العرب ويعطي بعد
ذلك العجم فاذا استوت الرتب قدم بالسن او بالسبق الى الاسلام ولا يقدم بالنسب
سوى ما ذكرناه الرابع لا يثبت ابتدا في الديوان اسم صبي ولا مجنون ولا عبد ولا
ضعيف اذ لا كفاية فيهم بل يثبت اسم الاقويا البالغين المستعدين للغزو فاذا اثبتوا
فان طرى الضعف والجنون فان كان يرجى زواله فلا يسقط الاسم وان كان لا يرجى فيسقط
اسمه فاذا مات فما كان يعطي زوجته واولاده في حياته هل يبقى عليهم بعد موته
فيه وجهان احدهما انه يسقط اذ كان ذلك بطريق التبعية والان فقد مات المتبوع وليس
في انفسهم قوة الجهاد والثاني انه يستحب اذ المجاهد اذا علم ان ذريته مضيعون بعد
وفاته اشتغل بالكسب عن الجهاد فعلى هذا تبقى الزوجة الى ان تتزوج فاذا استغنت
بزوجها سقط حقها ويبقى حق الصبيان الى البلوغ فان بلغوا عاجزين لجنون او ضعف

والعجم

او انوثة استمر ما كان وكانهم لم يبلغوا فان صلحوا للقتال خيروا فان اختاروا الجهاد
استقلوا باثبات الاسم وان اعرضوا التحقوا بالمكتسبين فينقطع حقهم ٥ الخامس ينبغي
ان يفرق ارزاقهم في اول كل سنة ولا يكرر القسمة في كل اسبوع وشهر فان الحاجة
والمال يتكرر بتكرار السنة الا ان يقتضي المصلحة ذلك فله اتباعها فلو مات واحد
بعد ان جمع المال ومضت السنة كان نصيبه لورثته وان مات قبل الجمع والحول
فلا حق لورثته وان مات بعد الجمع وقبل انقضاء السنة فقولان ينظر في احدهما الى حصول
المال وفي الثاني الى النصرة لم تكمل بالسنة وهي لا تتجزى ٥ السادس ان كان في جملة الفيء
اراض فخمسها لاهل الخمس واربعة اخماسها تكون وقفا هكذا قال الشافعي فمن الاصحاب
من قال هو تفريع منه على انه للمصالح والمصلحة في الوقف لتبقى الغلة على المسلمين في الدوام
وعلى القول الاخر تقسم على المرتزقة كالمنقول ومنهم من قال وان قلنا انها للمرتزقة فنجعلها
وقفا لتكون رزقا مؤبدا عليهم بخلاف الغنيمة اذ لا مدخل للاجتهاد فيها ولذلك لا يفضل
احد على غيره لحاجة ومصلحة فان قلنا بالوقف فمنهم من قال اراد الشافعي الوقف الشرعي
الذي يحرم به البيع والقسمة ومنهم من قال اراد الوقف قسمة الرقبة وقسمة الغلة
بالنصرة دون الوقف الشرعي ٥ السابع اذا فضل شيء من الاخماس الاربعة على
قدر حاجاتهم فيرد عليهم ويوزع وان زاد على كفايتهم الا اذا فرعنا على انه للمصالح
وانه يصرف اليهم لانه اهم المصالح فحينئذ ان ظهرت مصلحة اهم منه لم نرد الزيادة
عليهم ٥ الباب الثاني في قسم الغنائم والغنيمة كل مال
ياخذه الفئة المجاهدة على سبيل القهر والغلبة من الكفار فخمسها يقسم خمسة
اقسام كخمس الفيء واربعة اخماسها للغانمين وينظر وراءها النفل والرضخ والسلب ثم
القسمة بعده ٥ النظر الاول في النفل وهو زيادة مال يشترطه امير الجيش لمن
يتعاطى فعلا مخاطرا يفضي الى الظفر بالعدو كتقدمه طليعة او تهجمه على قلعة
او دلالته على طريق بلد والنظر في قدره ومحله اما محله فيجوز ان يكون مرصدا لمال لانه من
المصالح فان شرط منه فليكن قدر المال معلوما لانه جعالة ويجوز ان يكون مما يتوقع
اخذه من مال المشركين من خمس الخمس وعند ذلك لا يشترط كونه معلوما فقد شرط
رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث في الرجعة والربع في البداءة وحكى القاضي عن القديم
قولا انه لا يحصر في خمس الخمس والمصالح بل يعطون الثلث والربع مما اخذوا من اصل المال

لا من خمس الخمس والباقي يكون غنيمة مشتركة وعلى هذا فهل خمس ما احصوا له فيه قولان
كما سياتي في الرضخ فرع لو قال الامير من اخذ شيا فهو له واراد ان يجعل كلما اخذه
نفلا فقد قال الشافعي لو قال بذلك قايل كان مذهبا وقد قال به ابو حنيفة وقال الاصحاب هو
مردد بين قول قولين فقال يجوز لما روي انه عليه السلم قال يوم بدر من اخذ شيا فهو له والاصح انه لا يجوز
والحديث غير صحيح وقد قيل ان غنايم بدر كانت له عليه السلم خاصة يفعل فيها ما يشا اما قدره
فباجتهاد الامام ويكثر على قدر خطره في العمل ولذلك زاد رسول الله صلى الله عليه في الرجعة
لان خطر التخلف عن العسكر في اخر القتال اعظم من خطر التقدم من قبل القتال والاظهر
ان ذلك كان ثلث خمس الخمس وربع خمس الخمس وقيل معناه انه يراد لكل واحد مثل ثلث حصته او مثل
ربعه النظر الثاني في الرضخ وهو قدر من المال يقدره الى راي الامام بشرط ان لا يزيد
على سهم رجل من الغانمين بل ينقص كما ينقص التعزير من الحد ومصرفه الى العبيد والصبيان والمراهقين
والنسا والكفار الذين حضروا الوقعة فليس لهم رتبة الكمال حتى يدخلوا في القسمة وفي المحل الذي
يخرج منه ثلثة اقوال احدها انه من اصل الغنيمة مقدما على الكل كاجرة النقل والحمال والثاني من
خمس الخمس كالنفل على الراي الاصح والثالث وهو الاقيس انه من جملة الاخماس الاربعة لانه سهم
من الغنيمة استحقاقه بشهود الوقعة لكنه دون ساير السهام ○ فرع الكافر
اذا حضر بغير اذن الامام او حضر باجرة قدرها له الامام فلا شي له من الرضخ وللامام ان يستاجر
اهل الذمة بشي من المال فاما العبد اذا حضر استحق الرضخ ماذونا كان من جهة السيد والامام
او لم يكن قاتل او لم يقاتل وكذا النسا والصبيان واعتبار الاذن في حق الكافر لانه متهم
النظر الثالث في السلب وهو للقاتل باذن الامام او لم ياذن خلافا لابي حنيفة
لعموم قوله عليه السلم من قتل قتيلا فله سلبه ثم النظر في اربعة اركان الاول في سبب
الاستحقاق وهو ركوب الغرر في قهر كافر مقبل على القتال بما يكفي بالكلية شره والحد
معتبر بثلثة شروط الاول ركوب الغرر فلو رمى من حصن او من وراء الصف وقتل
لم يستحق لان السلب يحث على الهجوم على الخطر ○ الثاني ان يقهر الكافر بالاثخان ولم
يقتله استحقه قتل ابن مسعود ابا جهل فلم يعط سلبه اذ كان اثخنه غيره ولو اشترك
رجلان في القتل اشتركا في السلب وقطع اليدين والرجلين جميعا اثخان وقطع اليدين دون الرجلين
او الرجلين دون اليدين فيه قولان لانه يعدو برجله عند فقد اليد فيهيج العسكر ويقاتل بيده
راكبا عند فقد الرجل اما اذا اسر كافرا وسلمه الى الامام فقولان الاصح انه يستحق سلبه

لانه قهر تام بما يكفي شره الثاني لا لانه لم يقتل ولا مهد سبيل القتل بالجراحة وعلى الصحيح
لو فاداه الامام او استرقه ففي رقبته ومال الفدا قولان في انه هل يكون من جملة السلب
الشرط الثالث كون القتل مقبلا على القتال ولو قتل منهزما او نايما او مشغولا
بالاكل لم يستحق السلب الركن الثاني في المستحق وهو كل من يستحق السهم الكامل
من الغانمين ومستحق الرضخ هل يستحق السلب ان قتل فيه قولان احدهما نعم لعموم قوله عليه
السلام من قتل قتيلا فله سلبه والثاني انهم كما استثنوا عن عموم اية الغنيمة
يستثنون عن عموم الحديث اما الذمي اذا قتل فلا يستحق السلب قطع به القاضي وذكر
وجهين فيمن قتل امراة كافرة او مراهقا كافرا في انه هل يستحق سلبه ومنشا التردد
تعلق التحريم بالقتل الركن الثالث في حد السلب وهو كل ما تثبت يد
القتيل عليه مما هو عدة القتال وزينة المقاتل كثيابه وسلاحه وفرسه وما خلفه في
خيمته من كراع وسلاح لا يستحقه القاتل والصحيح انه يستحق ما معه من الخاتم والسوار
والمنطقة وما معه من الدنانير استصحبه للنفقة قولان مشهوران اقيسهما انه يستحق لان
جملة ما معه مطمع القاتل والثاني لا كالحقيبة المشدودة على فرسه وفيها امتعة ودنانير
فانه لا يملكه اتفق الاصحاب عليه وقال القاضي لا بد من اجرا الخلاف فيه والقياس ما قاله
واما الجنيبة التي معه ففيه قولان احدهما لا يستحق لانه ليس مقاتلا عليه والثاني نعم لانه
قد يعجز الواحد فيقاتل على الثاني فهو كما لو كان يقاتل راجلا وهو قابض بلجام فرسه فانه
يستحق الفرس الركن الرابع في حكم السلب وحكمه انه يفرز من راس
الغنيمة لصاحبه لم تقسم الغنيمة بعده ولا يحتسب في خمس الخمس خلاف الرضخ والنفل على
راي وهل يخرج الخمس من السلب ذكر الفوراني قولين والقياس انه يخرج ولا كن نقل عن خالد
بن الوليد انه عليه السلام قضى بالسلب للقاتل ولم يخمس واتباع الحديث اولى النظر
الرابع في قسمة الغنيمة وفيه مسايل الاولى اذا ميز الامام الخمس والسلب والرضخ
والنفل على التفصيل الذي تقدم قسم الباقي على الغانمين بالسوية وقسم العقار كما يقسم المنقول
ويعطي الفارس ثلثة اسهم والراجل سهما واحدا ولا تؤخر القسمة الى دار الاسلام هكذا
فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ابو حنيفة لا تجوز القسمة في دار الحرب ولا يعطى
الفارس الا سهمين ويتخير الامام في العقار بين الرد على الكفار او الوقف على المسلمين او القسمة
على الغانمين والكل مردود عليه بالاحاديث الثابتة ويستحق الغنيمة من يشهد الوقعة
مع [illegible] القصد لنصرة المسلمين فلو لم يحضر في الابتدا ولحق بعد حيازة الغنيمة
وانقضاء الحرب لم يشركهم في الاستحقاق وقال ابو حنيفة يشترك في الاستحقاق

لنصره

اذا لحق بهم في دار الحرب وان لحق في دار الحرب قبل انقضاء الحرب شارك في الاستحقاق
لشهود الوقعة وحصول الغنا وان كان بعد انقضاء الحرب وقبل حيازة الغنيمة فقولان
نظرا في احدهما الى سبب الحيازة وهو القتال وفي الثاني الى نفس الحيازة اما اذا حضر
في الابتدا ثم مات فان كان بعد انقضاء القتال انتقل سهمه الى ورثته لانه ملك بتمام القتال
وان كان قبل الشروع في القتال فلا حق لورثته وان كان في اثنا القتال نص الشافعي على انه
لا حق لورثته ونص في موت الفرس في اثنا القتال انه يستحق سهمه فمن الاصحاب من قال قولان
بالنقل والتخريج اذ لا فرق بين الفرس والفارس ففي قول يستحق لشهود بعض الوقعة وفي
قول لا يستحق نظرا الى اخر الامر فانه محل الخطر ومنهم من قرر النصين وقال اذا مات الفرس
فالمتبوع قائم بخلاف ما اذا مات الفارس ومهما مرض مرضا لا يرجى زواله قال العراقيون
هو كالموت وذكر الفوراني قولين ووجه القول الاخر المصلحة في حاجة المريض الى المعالجة
ونفقة الاياب بخلاف الميت فان كان المرض يرجى زواله فلا يمنع الاستحقاق لا في ابتدا
القتال ولا في دوامه اما اذا هرب عن القتال سقط سهمه الا اذا هرب متحيزا الى فئة اخرى
او متحرفا لقتال ومهما ادعى ذلك فالقول قوله مع يمينه واما المخذل للجيش
والمضعف لقلوبهم يسعى ان يخرج من الصف فان حضر لم يستحق السلب ولا الغنيمة
ولا الرضخ فانه اسوا حالا من المنهزم ○ المسالة الثالثة اذا وجه الامام سرية
من جملة الجيش فغنمت شيئا شاركها في استحقاقها جيش الامام اذا كانوا في القرب منهم بصدد
لنصرتهم وحد القرب ما يتصور منه الامداد عند الحاجة وقال القفال القرب بالاجتماع
في دار الحرب وان تباعدوا وهو بعيد ولو بعث سريتين فما اخذ كل واحدة منهما مقسوم
على جميع الجيش وعلى السريتين عند التقارب وذكر القاضي وجها ان احدى السريتين لا
تشارك الاخرى ولكن الجيش يشاركهما جميعا ○ المسالة الثالثة الذين حضروا
لا لقصد الجهاد كالاجير والتاجر والاسير ففي الاجير على سياسة الدواب او غيره ثلثة
اقوال احدها لا يستحق لانه لم يجرد القصد للنصرة والثاني يستحق لانه قاتل فجمع بين القصدين
فان لم يقاتل فلا يستحق قطعا والثالث ان قصده متردد فيخير بين اسقاط الاجرة وبين
طلبها فان اعرض عن الاجرة استحق السهم والا فلا ومن اين يسقط اجرته اذا اعرض فيه
وجهان احدهما من وقت دخول دار الحرب والثاني من وقت ابتدا القتال اذ هو السبب الحاضر
في الملك هذا في اجير استوجر لغير الجهاد فان استوجر للجهاد وهو مسلم فالاجارة فاسدة

اي الحضور

الرابعة

اذ كان عليه الصبر عند الوقوف في الصف واذا سقطت اجرته فهل يستحق السهم
فوجهان وجه المنع انه اعرض عنه طمعا في الاجره وان كان كافرا فاستاجره الامام
صح الاجاره وان استاجره احاد الرعايا فلا واما التاجر اذا قاتل فهو ان كما في الاجير
اذ القول الثالث باسقاط مال التجاره غير ممكن اما الاسير اذا كان من هذا الجيش وعاد
استحق قاتل او لم يقاتل لانه في مقاساه امر الكفار وان كان من جيش اخر اسر من قبل
قال الحق بالصف وقاتل استحق والا فقولان وان كان كافرا فاسلم والتحق بجند الاسلام
استحق السهم قاتل او لم يقاتل لانه قصد اعزاز الاسلام والاسير دونه فان قصده الخلاص
والاجير دون الاسير لان قصده الافلات قهرا للكفار بخلاف قصد الاجره في المساله
الخامسه لا يعطي سهم الفارس الا لراكب الخيل دون الفيل والناقه والبغله لان الكر
والفر من خاصيته الخيل ثم يستوي فيه العتيق وهو الذي ابواه عربيان والبرذون وهو
الذي ابواه عجميان والمقرف وهو الذي امه عربيه والهجين عكس ذلك ثم لا يدخل
الامام في الصف من الخيل الا شديدا اما الفرس الضعيف والاعجف قال الشافعي
في الام لا يسهم له وقيل لا يسهم له فقال الاصحاب قولان ينظر في احدهما الى الجنس ويعرض
عن الاحوال وينظر في الثاني الى تعذر القتال عليه ولا شك انه اذا امكن القتال عليه استحق سهمه
فروع الاول لو احضر فرسين لم يستحق الا فرسا واحدا قال الشافعي لو اعطي
الثاني اعطي الثالث اذ لا ضبط بعده الثاني ان القتال اذا كان على خندق او على حصن
واستغنى عن الفرس فللفارس سهمه لانه ربما احتاج اليه الثالث لو كان الفرس مستعارا
او مستاجرا فسهمه لراكبه وان كان مغصوبا فقولان في ان سهمه للمالك او للغاصب
بعريا من القولين في ان ما ربحه التاجر على المال المغصوب بالتجاره للغاصب ام لا

كتاب قسم الصدقات

وفيه بابان الباب الاول في بيان المستحق وفيه ثلثه فصول الفصل
الاول في بيان الاصناف الثمانيه المذكورين في كتاب الله تعالى الصنف الاول الفقير وهو الذي
لا يملك شيا اصلا ولا يقدر على الكسب والظاهر انه لا يشترط الزمانه ولا التعفف
عن السوال والسادس قول في اشتراطهما فروع احدها ان الفقير القادر على الكسب
اذا لم يقدر الا بالته جاز ان يعطا الاله من سهم الفقراء حتى لو لم يعرف الا التجاره وافتقر
الى الف درهم يجعله راس مال جوز ان يعطى وكذى من يقدر ان يكتسب كسبا
لا يليق بمروته يجوز ان يعطى وكذا المنفقه اذا كان يتشوش عليه النفقه

ح يعطو

ان اسعل بالكسب اعطى من سهم الفقرا و المتصوف الذي يمنعه الكسب
عن اسعرا و الوقت بالعبادات لا يعطى سهم الفقرا الا ان الكسب اولى به قال
عليه السلم الكسب فريضه بعد الفريضه و قال عمر رضي الله عنه كسب في شبهه
خير من مسالة ٥ الثاني المكفي بنفقة ابيه فيه وجهان احدهما لا يعطى سهم الفقرا
لاستغنائه به والثاني انه يعطى لانه استحق النفقه لفقره فنزل بالصدقه حاجته
الى الاب وعلى هذا الاحوط للاب ان يصرف اليه زكاته لانه يدفع بها استحقاق النفقه
عن نفسه وله ان يصرف اليه سهم الغارمين لان قضا دينه غير واجب عليه ٥ الثالث
المعسره التي لها زوج غني ففي صرف سهم الفقرا والمساكين اليها وجهان من ان على المكفي
بالاب واولى بالمنع لان استحقاقها النفقه ليس لحاجه بل للعوض فكان كما لو استغنت
باستحقاق المهر فان جوزنا فلا فرق بين الزوج والاجنبي اذ لا تندفع النفقه عن الزوج بزوال
فقرها ٥ الصنف الثاني المساكين وهو كل من ملك ما يقع من كفايته موقعا
ولكن لا يفي بكفايته وبالحاجة كل من له كسب ولكن لا يفي دخله بخرجه والقادر على كسب
يفي دخله بخرجه لا يعطى وقال مالك من ملك نصابا لم يعط بحال فان لم يملك ذلك اعطى
وان كان كسوبا والفقير عندنا اشد حالا من المسكين خلافا لابي حنيفه اذ قال المسكين
من لا شي له وقد قال الله تعالى اما السفينه فكانت لمساكين وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يتعوذ من الفقر ويقول احيني مسكينا فدل الاية على ان المسكين من له شي والخبر على
ان الفقر اشد الصنف الثالث العاملون على الزكوه وهم السعاة والحساب
والكتاب والقسام والحاشر والعريف واما القاضي والامام فلا ورزقهم من خمس الخمس
المرصد للمصالح العامه لان عملهم عام روي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه ارضد
لنفسه نافة من الغنم تقطر على لبنها فابطات ليلة في المرعى فجلب له من نعم الصدقه
فاعجبه ذلك فسال عنه فقيل له انه من نعم الصدقة فادخل اصبعه في حلقه
واستقاه وغرم قيمته من المصالح ٥ فرعان احدهما في اجرة الكتاب وجهان
احدهما انه من سهم العاملين اذ له تتم العمل والخانة على المالك الحاف زياده على
العشر وهو اختيار ابي اسحق وقال ابو هريره على المالك لانه للايفا وهو واجب
عليه الثاني ان فضل الثمن عن اجرة العامل صرف الى بقيه الاصناف ولا يزاد على اجره

المثل لانه عوض العمل وان نقص عن اجره عملهم وقد قال الشافعي تتمم من بيت المال ولو قيل يتمم من بقية الاصناف فلا باس ثم من الاصحاب من قال قولان ومنهم من قال يتخير الامام وينظر الى سعة الصدقات وسعة بيت المال ويتبع فيه المصلحة الصنف الرابع المولفة قلوبهم ومن يطلق عليه هذا الاسم ... فلنه اقسام الاول كافر يتالف قلبه لارتقاب اسلامه اما لاتقاء شره واما لانه رجل مطاع يسلم باسلامه جماعة فهذا لا نعطي اصلا اما من الصدقات فلانه لا صدقة لكافر واما من المصالح فلانا لا نعطي على الاسلام شيا فمن شا فليومن ومن شا فليكفر هكذا قال عمر وقد اعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم صفوان بن امية لهذا التالف ولكن اعطى من خمس الخمس وكان خاص ملكه
القسم الثاني مسلم له شرف وله نظرا في الكفر يتوقع باعطايه رغبة نظرايه في الاسلام اعطى ابو بكر رضي الله عنه لعدي بن حاتم الطاي بلثين بعيرا وبلتحق به من بنيته غير صادقة في الاسلام فيخشى عليه الفتنة فيعطا تقريرا على الاسلام اعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم عيينة والاقرع بن حابس كل واحد منهما ماية من الابل وفي الاعطا بهذين السببين لهذا القسم قولان احدهما لا لان الاسلام غني عن التالف بعد ان اعزه الله تعالى بالظهور والثاني نعم تاسيا برسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى هذا قولان احدهما نعطا من المصالح لان هذه مصلحة الاسلام والثاني من الزكوات اذ بيت سهم المولفة وهو لا اقرب قوم الى موجب اللفظ لان تنزيله على الكفار غير ممكن
القسم الثالث قوم لا يكفرون ويتشامن الفي وهم بالقرب من الكفار ونيتهم غير صادقة في الجهاد فنتالف قلوبهم باعطايهم الجهاد اهون من بعث سرية الى تلك الجهة ويلتحق بهولا قوم لا يتصدقون بنيتهم في احد الزكوة ممن يقربون منهم ونتالفهم لطلب الزكوة من الاغنيا بانفسهم حتى تستغني سعاة الامام عن التوجه اليهم ايسر من بعث السعاة فهولا يعطون بهذين السببين قولا واحدا ولكن في محل العطا اربعة اوجه احدها من المصالح اذ المصلحة عامة والثاني من الصدقات وهو سهم المولفة والثالث من سهم سبيل الله تعالى فانه يتالف على الجهاد والغزو والرابع ان راى الامام ان يجمع بين سهم المولفة وسهم سبيل الله تعالى فعل لاجتماع المعنيين الصنف
الخامس الرقاب ويصرف ثمن الصدقات الى المكاتبين الذين عجزوا عن ادا النجوم وقال مالك يشترى به عبيد ويعتقون فروع اربعة الاول ليس للسيد صرف زكاته الى مكاتب نفسه لانه عبده ما بقي عليه درهم الثاني

دون مسافة القصر وفوقه لا اذ لا فاضل سواه وان كان كل حله تبعد
من الاخرى فوجهان احدهما انها كالقرى والثاني انها كالخيام المتواصله فتضبط
بمسافة القصر الثالثه ان عدم بعض الاصناف في بلد فان عدم العامل فقد
سقط سهمه للاستغنا عنه وان عدم غيره ووجد في مكان اخر فوجهان احدهما
نقله الى ان تستغني الاصناف اولى من ترك النقل والثاني وهو اختيار القاضي
انه يرد الى الباقين لان من عدا اهل البلد كالمعدوم في حقه فعلى هذا ان يرد دا
عليهم وفضل عن حاجتهم فالفاضل لا بد من نقله لانه فقد مستحقه فهو
كما اذا عدم كل الاصناف اذ شعر الرابعه للمالك ايصال الصدقه
بنفسه سوا كان المال ظاهرا كالنعم والزرع او باطنا كالنقد وللشافعي
قول قديم ان زكوه الاموال الظاهره تجب صرفها الى الامام وفي الاولى فصل خلاف
ان كان الامام عادلا وان كان جائرا فالاصح ان مباشرته بنفسه اولى ولا خلاف
في ان الامام لو طلب وجب الطاعه لانه في محل الاجتهاد وهل له المطالبه
بمال النذور والكفاره فيه وجهان الخامسه ان نصب الامام ساعيا
فليكن مسلما مكلفا حرا عدلا فقيها بابواب الزكوه عن هاشمي ولا من
المرتزقه الاعلى احد الوجهين وليعلم الساعي في السنه شهرا يأخذ فيه
صدقه الاموال ويسم الصدقات فيكتب على نعم الصدقه لله وعلى نعم الفي
صغار وفائدته تمييز احد المالين عن الاخر ثم موضع وسم الغنم اذانها لكثره
الشعر على غيره والبقر والابل افخاذها وليكن ميسم الغنم الطف
من ميسم الابل والبقره الفصل الثالث في صدقه التطوع وفيه مسايل
الاولى لا تحرم صدقه التطوع على الهاشمي والمطلبي وهل كانت تحرم على رسول الله
صلى الله عليه وسلم فيه خلاف مأخذه ان امتناعه عن القبول كان تورعا او ترفعا

الثانيه صدقه السر افضل قال الله تعالى ان تبدوا الصدقات فنعما هي وان تخفوها الايه وقال عليه السلم صله الرحم تزيد في العمر وصدقه السر تطفي غضب الرب وصنايع المعروف تقي مصارع السو الثالثه صرفها الى الاقارب اولى لقوله عليه السلم لزينب امراه عبد الله بن مسعود زوجك وولدك احق من تصدقت عليه الرابعه الاكثار منه في شهر رمضان مستحب قال ابن عباس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجود الناس بالخير وكان اجود ما يكون في شهر رمضان الخامسه من احتاج الى المال لعياله فلا يستحب له الصدقه لان نفقه العيال كالدين قال عليه السلم كفى بالمر اثما ان يضيع من يقوت فان فضل عنهم فان كان يثق بالصبر على الاضاقه فيستحب له التصدق بالجميع بعد فراغه من قوت يومه لما روي عن عمر انه قال امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتصدق فوافق ذلك مالا عندي فقلت اليوم اسبق ابا بكر ان سبقته يوما فجيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بنصف مالي فقال لي ماذا ابقيت لاهلك قلت مثله وجا ابو بكر بجميع ماله فقال ماذا ابقيت لاهلك فقال الله ورسوله فقال عليه السلم بينكما ما بين كلمتيكما فقلت لا اسابقك الى شي ابدا اما من لا يصبر على الاضاقه كره له التصدق بجميع المال قال جابر بينا نحن عند رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ جاه رجل بمثل البيضه من الذهب اصابها من بعض المعادن فقال يا رسول الله خذها صدقه فوالله ما اصبحت املك مالا غيرها فاعرض عنه حتى جاه من جوانبه واعاد عليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هاتها مغضبا ورماه بها رميه لو اصابه لاوجعه او عقره ثم قال ياتي احدكم بماله كله يتصدق به ثم يجلس بعد ذلك يتكفف الناس انما الصدقه عن ظهر غنى والله اعلم

كتاب النكاح

اعلم ان النظر في احكام النكاح يحصره خمسة اقسام الاول في المقدمات والثاني في مصححات العقد من الاركان والشرايط والثالث في موانع العقد من النسب والمصاهره والكفر والرق وغيره والرابع في موجبات الخيار فيه والخامس في لواحق الكتاب

وتوابعه ٥ القسم الاول في المقدمات وهي خمسه الاول في بيان خصائص
رسول الله صلى الله عليه وسلم وله اختصاص بواجبات ومحرمات ومباحات لم
يشاركه امته فيها اما الواجبات فكالضحى والاضحى والوتر قال صلى الله عليه وسلم
كتب علي ولم تكتب عليكم الضحى والاضحى والوتر والتهجد قال الله تعالى ومن الليل فتهجد
به نافلة لك اي زيادة لك على درجاتك وقال تعالى وشاورهم في الامر وظاهره الايجاب
وقال انه استحباب لاستماله القلوب وتردد في وجوب السواك عليه
وانما اختص في امر النكاح بوجوب التخيير لنسائه بين التسريح والامساك ولعل
السر فيه ان الجمع بين عدد منهن يوغر صدورهن بالغيره التي هي اعظم الالام
وهو ايذا يكاد ينفر القلب ويوهن الاعتقاد وكذلك الزامهن الصبر على
الضروره والفقر يوذيهن ومهما الفي زمام الامر اليهن خرج عن ان يكون بصدد
الاذى والايذا فنزه عن ذلك منصبه العلي وقد قال يا ايها النبي قل لازواجك وتلا
ذلك عليه حين ضاق ذرعه من كثره خصامهن واقتراحهن زينه الدنيا حتى
الى عنهن ومكث في غرفته شهرا فابتدا عليه السلم بتخيير عايشه رضي الله عنها
وقال اني ملق اليك امرا فلا تبادريني بالجواب حتى توامري ابويك وتلا الايه
فقالت افيك اوامر ابوي اخترت الله ورسوله والدار الاخره ثم قالت لا تخبر ازواجك
باختياري اياك واردت ان تختبر فراقه فطاف على نسائه وكان يخبرهن باختيار
عايشه اياه فاخترن الله ورسوله باجمعهن والصحيح ان واحده لو اختارت الفراق
لبانت بنفس الاختيار لقوله تعالى فتعالين امتعكن واسرحكن وان الجواب لم يجب
عليهن على الفور بدليل قوله حتى توامري ابويك وهل كان يحرم طلاق من اختارته
منهن فيه خلاف ودليل التحريم قوله لا يحل لك النسا من بعد ولا ان تبدل بهن من ازواج
ومذهب الشافعي انه حرم عليه الزياده عليهن ثم نسخ ذلك وعند ابي حنيفه
دام التحريم ولم ينسخ واما المحرمات فقد حرمت عليه الزكوه والصدقه صيانه
له ولمنصبه عن اوساخ الاموال التي تعطى على سبيل الترحم وتنبي عن ذل الاخذ

وكان اسمه محمد

سلك عايشه

عليه السلام

اي على عايشه رضي الله عنها

ايه

عن المأخوذ منه او ابدل بالفي المأخوذ على سبيل القهر والغلبة المنبي عن عز الآخذ وذل المأخوذ
منه وشاركه في هذا الجزء ذووا القربى وقيل انهم لم يشاركوه في تحريم الصدقة
بل في الزكوة فقط وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يأكل الثوم وقال الآكل
متكيا فقيل حرم ذلك عليه وقيل كان ذلك منه تنزها وترفعا ونكح رسول
الله صلى الله عليه وسلم المستعيذة فعلمتها نساؤه ان تقول عند لقائه اعوذ
بالله منك وقيل هي كلمة تعجبه فقالت ذلك لما دخل عليها فقال عليه السلم
لقد استعذت بمعاذ فالحقي باهلك ففهم منه انه حرم عليه نكاح امراة
تكره صحبته وجدير ان يكون ذلك محرما عليه لانه نوع من الايذاء ويشهد
لذلك ايجاب التخيير واختلفوا في انه هل كان يحرم عليه نكاح الحرة الكتابية
ونكاح الامة وانه لو جاز له نكاح الامة هل كان ينعقد ولده على الرق وتحول الاوى
الخصوص في تصحيح ادلة ذلك وتزييفها لانها امور تخمينية اذ لا قاطع فيها
وتخمين الظن فيما لا حاجة فيه الى العمل في الحال تضيع زمان واقتحام خطر واما
المباحات والتخفيفات فقد ابيح له الوصال في الصوم وصفية المغنم والاستبداد
بالخمس ودخول مكة بغير احرام وحرم ميراثه فقال انا لا نورث ما تركناه صدقة وفي
النكاح ابيح له الزيادة على اربع وفي الزيادة على تسع خلاف وكذلك في انحصار
طلاقه في الثلث خلاف وكان ينعقد نكاحه بلفظ الهبة وقالوا اذا وقع بصره
على امراة فوقعت منه موقعا وجب على زوجها تطليقها لقصة زيد ولعل السر
فيه من جانب الزوج امتحان ايمانه بتكليفه النزول عن اهله ومن جانبه عليه
السلم ابتلاؤه ببلية البشرية ومنعه من خائنة الاعين ومن الاضمار الذي يخالف
الاظهار ولذلك قال تعالى وتخفي في نفسك ما الله مبديه وتخشى الناس والله احق ان تخشاه
ولا شيء ادعا الى غض البصر وحفظه عن لمحاته الاتفاقية من هذا التكليف وهذا انما
يؤذن بالتشديد وعدي ان ذلك في حقه عليه التشديد اذ لو كلف
بذلك احاد الناس لما فتحوا اعينهم في الشوارع والطرقات خوفا من ذلك ولذلك
قالت عائشة رضي الله عنها لو كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخفي اية لاخفى هذه

واختلفوا في انعقاد نكاحه بغير ولي وشهود وفي حالة الاحرام وهل كان يجب
عليه القسم ام كان يقسم تبرعا وتكرما ولا خلاف في تحريم نسايه بعد وفاته
على غيره فانهن امهات المومنين ولا يقول انهن اخوات المومنين ولا اخواتهن خالات
المومنين بل يقتصر على ما ورد من الامومة ويقتصر التحريم عليهن وفي تحريم مطلقاته
على غيره ثلثة اوجه اعدلها انها اذا كانت مدخولا بها حرام لما روي ان الاشعث
بن قيس نكح المستعيذة في زمان عمر [ابن الخطاب] رضي الله عنه فهم عمر برجم الاشعث فذكر له
انها لم تكن مدخولا بها فكف عنه ولا شك في ان المخيرات لو اخترن واحدة منهن الفراق
لحل لها النكاح اذ بذلك يتم التمكين من زينة الدنيا وقد مات صلى الله عليه وسلم عن تسع
عايشة وحفصة وام حبيبة وام سلمة وميمونة وصفية وجويرية وسودة وزينب
وهي امراة زيد واعتق عليه السلم صفية وجعل عتقها صداقها وفيه خاصية بالاتفاق
منهم من قال خاصيته ان قيمتها كانت مجهولة والصداق المجهول لا يجوز لغيره وقيل انه
وجب عليها الوفا بالنكاح بعد الاعتاق ولا يجب على غيرها اذا اعتقت بشرط النكاح الاجابة
المقدمة الثانية في الترغيب في النكاح وقد قال الله تعالى وانكحوا الايامى منكم
وقال صلى الله عليه وسلم تناكحوا تكثروا فاني اباهي بكم الامم يوم القيمة حتى بالسقط وقال
معاشر الشباب عليكم بالباه فانها اغض للبصر واحصن للفرج فان لم يستطع فعليه
بالصوم فان الصوم له وجا وقال من تزوج فقد احرز ثلثي دينه فليتق الله في الباقي [الثلث]
وقال عمر رضي الله عنه لرجل اتزوجت قال لا قال لم يمنع من النكاح الا عجز او فجور ولما
حضرت معاذا الوفاه قال زوجوني لا القى الله عزبا وهذه الاحاديث ربما توهم ان النكاح
افضل من التخلي لعبادة الله [تعالى] كما ظنه ابو حنيفة لكن الصحيح ان من لا تتوق نفسه الى الوقاع
فالتخلي لعبادة الله اولى به ولذلك تفصيل وغور استقصيناه في كتاب النكاح من ربع العادات
من كتاب احيا علوم الدين فليطلب منه وقد ندب رسول الله صلى الله عليه وسلم في النكاح
الى اربعة امور احدها طلب الحسيبة فقال [عليه السلم] تخيروا لنطفكم ولا تضعوها في غير الاكفا
وقال عليه السلم اياكم وخضرا الدمن وهي المراة الحسنا في المنبت السو كذلك فسره عليه السلم
الثاني الندب الى البكر فانها احرى بالموافقة قال عليه السلم لجابر هلا بكرا تلاعبها
وتلاعبك وكان تزوج ثيبا الثالث الندب الى الولود قال النبي صلى الله عليه وسلم
انكحوا الولود الودود فاني مكاثر بكم الامم وقال لحصير في ناحية البيت خير من امراة لا تلد

صحيفة

الرابع النظر الى الاجنبية قال عليه السلم لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك ولا حظ ثانيا اي نحيفا
ولعل ذلك لحصول الشهوة بسبب القرابة المقدمة الثانية في النظر اليها بعد الرغبة في نكاحها
وذلك مستحب لقوله عليه السلم من اراد نكاح امراة فلينظر اليها فانه احرى ان يؤدم بينهما
وينبغي ان يقتصر على النظر الى الوجه وذلك بعد العزم على النكاح ان ارتضاها ولا يشترط
التشبيه اثناء في هذا النظر بل يكفي فيه اذن رسول الله صلى الله عليه وسلم خلافا لمالك وقد
رخص في هذا النظر للحاجة والا فالاصل تحريم النظر الى الاجنبيات وقد جرت العادة هاهنا
بذكر ما يحل النظر اليه والكلام فيه في اربع مواضع الاول نظر الرجل الى الرجل وهو مباح الا الى
العورة وذلك ما بين السرة والركبة ويحرم المس كما يحرم النظر ولا يحرم نظر الانسان الى
فرج نفسه لكن يكره من غير حاجة ٥ فرعان احدهما انه يحرم النظر الى الامرد بالشهوة
ويحل بغير الشهوة عند الامن من الفتنة وعند خوف الفتنة وجهان احدهما التحريم لانهم في معنى
النساء والثاني الحل لما روي ان وفدا قدموا على النبي عليه السلم وفيهم غلام حسن فاجلسه وراءه
وقال الا اخاف على نفسي ما اصاب اخي داود ولم يامره بالاحتجاب عن الناس بخلاف النساء ولم يزل
الصبيان بين الناس مكشوفين فالوجه الاباحة الا في حق من احس من نفسه بالفتنة فعند ذلك يحرم
عليه بينه وبين الله تعالى اعادة النظر ٥ الفرع الثاني انه يكره للرجلين الاضطجاع في
ثوب واحد قال النبي عليه السلم لا يفضي الرجل الى الرجل في ثوب واحد ولا تفضي المراة الى المراة في ثوب
واحد الموضع الثاني نظر المراة الى المراة وهو مباح الا فيما بين السرة والركبة وقيل انه
كالنظر الى المحارم وسياتي والصحيح ان الذمية كالمسلمة وقيل انه لا يحل للمسلمة التكشف
للذمية ٥ الموضع الثالث نظر الرجل الى المراة فان كانت منكوحته او مملوكته حل
النظر الى جميع بدنها دون النظر الى الفرج وفي النظر الى الفرج كراهة والكراهة في باطن
الفرج اشد وان كانت محرما نظر الى ما يبدو في حال المهنة كالوجه والاطراف ولا ينظر
الى العورة وفيما بين ذلك وجهان وقيل الثدي يلحق بالوجه لانه قد يبدو في امره اخف وان كانت
اجنبية حرم النظر اليها مطلقا ومنهم من جوز النظر الى الوجه حيث يؤمن من الفتنة وهذا يؤدي
الى التشوف من النساء والمرد وهو بعيد لان الشهوة وخوف الفتنة امر باطن فالضبط
بالانوثة التي هي من الاسباب الظاهرة اقرب الى المصلحة ولذلك لا يجوز للمخنث والعنين والشيخ
الهرم النظر حسما للباب ونظرا الى الفحولة الظاهرة دون الشهوة الباطنة نعم يجوز للممسوح
عند الاكثرين لان الجب سبب ظاهر في قطع غائلة الفحولة وعليه حمل قوله تعالى غير اولي الاربة
من الرجال وكذلك الطفولة سبب ظاهر فلا يحتجب منهم نعم يستر العورة عن الذي ظهرت
فيه داعية الحكاية وان قارب البلوغ وظهرت مبادي الشهوة وجب الاحتجاب وقال القفال

اشد

بسبب الحمل ولا ارتفع الا بسبب ظاهر وهو البلوغ ولا يستثنى عن هذه القاعده الا نظر الغلام
الى سيدته فانه مباح لقوله تعالى وما ملكت ايمانهن ولعل السبب فيه الحاجه
وقد قيل بتحريم ذلك لما فيه من الخطر ولكن ذلك يحوج الى تعسف في تاويل الايه
ومن المستثنيات النظر الى الاماء روي ان عمر رضي الله عنه قال لجاريه متقنعه
اتتشبهين بالحرائر يا لكعاء ولعل السبب فيه الرقه فيحتاج الى التردد في المهمات
ومنهم من قال انها كالحره لا ينظر اليها الا لحاجه الشرى وهو القياس
فرعان احدهما ما ابين من المراه يجوز النظر اليه ان لم يتميز بصورته عما للرجال
كالقلامه وما ينتف من الشعر والجلده المنكشطه وان تميز كالعضو المبان
والقبضه فلا يحل النظر اليه الثاني الصبيه لا يحل النظر الى فرجها وفي النظر
الى وجهها وجهان احدهما الجواز لانها خارجه عن مظنة الشهوه بسبب ظاهر
والثاني التحريم نظرا الى جنس الانوثه وعلى الجمله امرها اهون من امر العجوز لان
العجوز محل للوطي والشهوات لا تسقط الموضع الرابع نظر المراه الى الرجل
اما نظرها الى الزوج كنظره اليها ونظرها الى الاجانب فيه ثلثه اوجه احدها
انه كنظر الرجل اليها والثاني انه كنظره الى المحارم والثالث وهو الاصح انها تنظر
الى ما وراء العوره وتحترز عند خوف الفتنه كما يحترز الرجل عن النظر الى المرد
اذ لو استوى النظران لامر الرجال بالتنقب كما امر النسا هذا كله في النظر
بغير حاجه فان مست الحاجه بتحمل شهاده او رغبه نكاح جاز النظر الى
الوجه ولا يحل النظر الى العوره الا لحاجه موكده كمعالجه مرض شديد يخاف
منه فوات العضو وطول الضنا ولكن الحاجه في السوءتين اشد وهو ان
يكون بحيث لا يعد التكشف لاجله هتكا للمروه ويعذر فيه في العاده فان
ستر العوره من المروات الواجبه ولم يجوز الاصطخري النظر الى الفرج لتحمل
شهاده الزنا والولاده فيه الايجاب وما ذكره غير بعيد لان ستر العوره وستر الفواحش
كلاهما مقصودان فيختص تحمل الشهاده بما اذا وقع النظر عليه وفاقا المقدمه
الرابعه في الخطبه وادابها فينبغي ان يعلم النظر عليها اذ في الرد بعد الخطبه ايحاش
والتصريح بخطبه المعتده حرام والتعريض جائز في عده الوفاه وحرام في عده
الرجعيه وفي عده البائنه وجهان وسبب التحريم انها متوحشه بالطلاق فربما
تكذب في انقضا العده مسارعه الى مكافاه الزوج والتعريض هو ان يقول رب راغب

فيك واذا حللت فاذنيني كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا
يجوز الخطبة على خطبة الغير بعد الاجابة ويجوز قبل الاجابة وهل يكون
السكوت كالاجابة فيه قولان وقد روي انه عليه السلم قال لفاطمة بنت قيس
اذا حللت فاذنيني فلما حلت قالت لكني اسامه فقالت خطبني ابو جهم
ومعوية فقال اما معوية فصعلوك لا مال له واما ابو الجهم فلا يضع عصاه
عن عاتقه اي يداوم الضرب وقيل يداوم السفر وذلك يدل على جواز
ذكر الغايب بما يكرهه اذا كان فيه مصلحة لغيره و لذلك قال عليه السلم
اذكروا الفاسق بما فيه يحذره الناس ١ المقدمة الخامسة في
الخطبة ويستحب ذلك عند الخطبة وعند انشاء العقد وسواء خطب
العاقد او غيرهما فهو حسن وان قال الولي الحمد لله والصلوة على رسول الله
زوجتك فلانه فقال الزوج الحمد لله والصلوة على رسول الله قبلت صح النكاح
وكان النكاح احسن وتخلل هذه الكلمة اليسيرة وهي متعلقة بغرض
العقد لا يقطع الجواب عن الخطاب وفيه وجه بعيد هذا هو الكلام في قسم
المقدمات جزئيا فيه على ترتيب الوجود اذ البداية بالرغبة ثم بالنظر ثم بالخطبة
ثم بالخطبة ثم نشرع في شرح العقد ١ القسم الثاني من الكتاب
في الاركان والشرايط وهي اربعة الصيغة والمحل والشاهد والولي الاول
الصيغة وهي الايجاب والقبول الدالان على جزم الرضا دلالة صريحة قاطعة
وفيه ست الاولى الصريح هو كلمة الانكاح والتزويج ولا يقوم مسايل
لفظ اخر مقامهما لان النكاح مشتمل على احكام غريبة لا تحيط جمعها
لفظ مترجم اللغة فيعسر اللفظ المحيط بها شرعا ولذلك لا نزيد ايضا في
صرايح الطلاق على ما ورد في القران وقال ابو حنيفة ينعقد النكاح بلفظ الهبة
والبيع والتمليك وكل ما يفيد معنى التمليك فرع الصحيح ان ترجمتها
بالفارسية وساير اللغات تقوم مقامها لانها تؤدي معانيها وقيل يقوم مقامها
عند العجز فقط وقيل لا يجوز ذلك اصلا وعلى العاجز ان يستنيب القادر

الثالثه لا ينعقد النكاح بالكنايات مع النيه لانه يتعلق بفهم الشاهد
ولا مطلع له على النيه ويصح الابرا والفسخ والطلاق وما يستقل الانسان به واما
البيع وما يفتقر الى القبول فيه وجهان احدهما ان القابل هل يكون كالشاهد حتى
لا يكتفي بفهمه بقرينه الحال فرع اذا قال زوجتكها فيسعى ان يقول
الزوج قبلت نكاحها او قبلت هذا النكاح فلو اقتصر على قوله قبلت ففيه
وجهان احدهما ان قوله قبلت ليس صريحا بنفسه ما لم ينضم اليه الايجاب السابق
الثالثه نص الشافعي ان النكاح ينعقد بالاستيجاب والايجاب وهو قوله
زوجنيها وقول الولي زوجتكها ونص في البيع على قولين وقطع الاصحاب بان ذلك
يكفي في الخلع والعتق على المال والصلح عن دم العمد لان العوض غير مقصود فيها
وانما لا ينعقد البيع على قول لانه قد يقول بعني على سبيل استبانه الرغبه من غير
بت الرضا في الحال لانه يقع بغتة بخلاف النكاح ومن الاصحاب من طرد القولين
في النكاح ومنهم من طرد في الخلع والصلح وغيره وهو غريب ولكنه منقاس
جدا الرابعه النكاح لا يقبل صيغه التعليق مثل ان يقول اذا جا راس
الشهر فقد زوجتك ولا يحتمل ايضا لفظة مثل ان يقول ان كان ولد لي بنت
فقد زوجتكها فبان انه قد ولدت فلا يصح النكاح لصيغه التعليق وكذلك
اذا قال ان انقضت عدتها فقد زوجتك وكان قد انقضت وفيه وجه انه يصح
ماخوذ من الوجهين فيما اذا قال ان كان ابي قد مات فقد بعت منك ماله الخامسه
نكاح الشغار باطل للنهي الوارد فيه وصورته الكامله ان يقول زوجتك
ابنتي على ان تزوجني ابنتك او اختك على ان تكون بضع كل واحده منهما صداقا للاخرى
ومهما انعقد لك نكاح ابنتي انعقد لي نكاح ابنتك وهذا يشتمل على ثلثه امور تعليق
وشرط عقد واشراك في البضع بجعله صداقا وقد قال القفال المبطل العقد
التعليق وهو المراد بالشغار ماخوذ من قولهم شغر الكلب رجله اي لا ترفع
رجل ابنتي ما لم ارفع رجل ابنتك وكان ذلك من عاده العرب لا يغبطها من التزويج وقال
لو اقتصر على شرط التزويج في العقد على اصداق البضع صح العقد لان النكاح لا يفسد

على بلاغ

بالشرايط الفاسده وجماهير الاصحاب عللوا بالاشتراك في البضع فجعله صداقا
وقالوا تشبه ذلك مالو نكحت الحره عبدا على ان تكون رقبته صداقها فان ذلك يبطل
ومنهم من قال لو قال زوجتك ابنتي على ان تزوجني ابنتك واقتصر عليه بطل ايضا
لما فيه من الخلو عن المهر واخذ الشغار من قولهم شغر البلد اذا خلا وما ذكره
القفال اقيس وما ذكره الجماهير الى الخبر اقرب فاما الابطال لمجرد اشتراط
العقد والخلو عن المهر فبعيد ٥ السادسه تاقيت النكاح باطل وهو
ان يقول زوجتك شهرا وذلك نكاح المتعه سمي بها لان مقصوده مجرد التمتع
الركن الثاني المحل وهي المنكوحه وشرطها ان تكون خليه عن الموانع وهي قريب من
عشرين ان تكون منكوحه الغير او في عدة الغير او مرتده او مجوسيه او زنديقه لا تنتسب
الى مله او كتابيه دانت بدينهم بعد التبديل او بعد المبعث وليست مع ذلك
من بني اسرايل او تكون رقيقه والناكح حر واجد طول حره او غير خايف من العنت
او مملوكه للناكح بعضها او كلها او كانت من المحارم اما من نسب او رضاع
او مصاهره او تكون خامسه بان تكون تحته اربع او تكون تحت الزوج اختها او عمتها
او خالتها فيكون النكاح جامعا بينهما او تكون الناكح قد طلقها ثلاثا ولم يطاها بعده
زوج اخر او تكون الناكح قد لاعن عنها او تكون محرمه بحج او عمره او تكون ثيبا صغيره
او يتيمه او كانت من ازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك لا يوجد في هذا الزمان
فهذه مجامع الموانع وسياتي شرحها في القسم الثالث من الكتاب ٥ الركن الثالث
الشهود وهو شرط لكن تساهلنا بتسميته ركنا ولا ينعقد النكاح الا بحضور عدلين
ولا ينعقد بحضور رجل وامراتين خلافا لابي حنيفه وقال داود لا حاجه الى الشهود وقال
مالك يكفي الاعلان وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل
فنقول لا بد من حضور من هو من اهل الشهاده ولا يكفي حضور الصبي والذمي والرقيق والاصم
والفاسق وفي حضور الاعمى خلاف لانه اهل لبعض الشهادات ولو حضر ابنا الزوجين او ابناء
فيه اربعه اوجه احدها الانعقاد لانه اهل على الجملة والثاني لا لانه ليس اهلا في هذا
النكاح والثالث ان حضر ابنا الزوج وابنا الزوجه لم يكف لانه لا تتصور الاثبات
عليهما وان حضر ابنان لاحدهما جاز لانه يمكن الاثبات على والدهما والرابع انهما ان كانا

ابن الزوج لم يصح لان الحاجة الى الاثبات عليها عند الجحود لا على الزوج فيقبل عليها قول
ابيها وتجري هذه الاوجه في عدوي الزوجين ولو جحد من حاله في الفسق مستور على
الزوجين جميعا صح العقد على الاصح وذكر الحاملي فيه خلافا وبعضده ان مستور
الحرية لا يكفي حضوره على الاظهر لكن الحرية مكسوبة في الغالب والفسق خفي وفي
المنع من المستور حرج وتضييق على محتاج ان صححنا فبان فسقه عند له فسقهما حالة العقد
فهي تبين بطلان العقد قولان كالقولين في نقض القضا المبني على قولهما ولا التفات
الى قولهما كنا فاسقين ولو قال الزوج كنت اعرف فسقهما حالة العقد وانكرت المراة
قال الصيدلاني نزل منزلة الطلاق وحتى تتشطر المهر قبل الدخول وبعده يجب جميع المهر
ولعود بطلقتين ان نكحها ونص الشافعي رضي الله عنه على ان الحر اذا نكح امة ثم قال كنت
واجد الطول حرة بانت منه بطلقة اما تشطير المهر فمعقول لانه فراق حصل من جهته
لا بزعم المراة واما جعله طلاقا ولم يجز عقد فليس يتلى وجهه الا ان يجعل
طلاقا في حق المراة المنكرة خاصة او يجعل في حق الزوج طلاقا في الظاهر لجريان الشهادة
على ظاهر النكاح لا سيما وستر الله تعالى **فرع** تردد الشيخ ابو محمد في ان المعلن بالفسق
اذا تاب في مجلس العقد هل يلتحق بالمستور وكان حاذيه استتابة الحاضر ووجهه
انه يمكن ان يكون صادقا في توبته ولا خلاف في انه لا يشترط الاشهاد على رضى المراة
الركن الرابع العاقد وهو الزوج والولي لان المراة مسلوبة العبارة عند
الشافعي رضي الله عنه في عقد النكاح فلا يصح عبارتها بالنيابة ولا بالولاية ولا بالاستقلال
في التزويج لا في الايجاب ولا في القبول ويصح اقرارها بالنكاح على الجديد لان شرط
الولي انما يرد في الانشا قال النبي عليه السلم لا نكاح الا بولي الا انها لو اقرت وكذبها الولي
قال القفال لا يقبل لانها افوت على الولي بالتزويج ومنهم من قال يقبل لانها مقرة على نفسها
بالرق ثم لو اعتبرنا تصديق الولي وكان غايبا سلمناها في الحال الى الزوج باقرارها
للضرورة اذ تتعذر ملازمة الولي لكن لو رجع فالظاهر انه يحال بينهما لزوال الضرورة
وصيغة الاقرار ان تقول زوجني الولي منه فلو اقرت بالزوجية ولم تضف الى الولي ففيه
خلاف مبني على ان دعوى النكاح مطلقا من غير تقييد بالشرائط هل تسمع واما اقرار الولي
المجبر فنافذ ان اقر في حال القدرة على الاجبار واما ابو حنيفة فقد قضى بانها تزوج نفسها

لكن الولي يفسخ النكاح ان وضعت نفسها تحت غير الكفو وقال مالك تزوج
الدنية نفسها دون السرية وعندنا ان الوطي في النكاح بغير الولي يوجب المهر للشبهة
ولا يوجب الحد وقال الصيرفي يجب الحد وقال بعض الاصحاب يفصل فيه فقضا القاضي الحنفي
بصحة النكاح بلا ولي لمخالفته للحديث الظاهر وتفاصيل احكام الولاية نستوفيها
بابا باب في الولي وباب في المولي عليه ٥ الباب الاول في الاوليا وفيه
فصول الفصل الاول في اسباب الولاية وهي اربعة الابوة والجدودة في معناها
والعصوبة بالنسب والولا والسلطنة اما الاب والجد ابو الاب فلهما منصب الاجبار
في حالة البكارة ولو بعد البلوغ وفي التلخيص في الصغر دون الكبر وقال ابو حنيفة البكر
البالغة لا تجبر على النكاح والثيب في الصغيرة يجوز اجبارها عنده ونظر الشافعي رضي
الله عنه الى الثيابة والبكارة لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب احق بنفسها من وليها والبكر
تستامر في نفسها واذنها صماتها ومعنى اجبارها ان الاب لو زوجها من كفو وهي ساخطة
نفذ ولو التمست التزوج من الولي وجبت الاجابة وان كانت مجبرة كالصبي الذي يلتمس
الطعام ولو عينت كفوا وعين الولي كفوا فمنهم من قال يجب رعاية حظها في الاعيان
وانما خط الولي في الكفاءة فقط ومنهم من قال يعين الولي اولى وفيهما نايب ولو زالت بالزنا
لم تجبر ولو انفتق جلدة العذرة بوثبة او طفرة فالظاهر انها بكر الان واطبقوا منكر
ولم يرَ ابو حنيفة للزنا اثرا في ازالة حكم البكارة فاما العصبات من جهة النسب
كالاخوة والاعمام واولادهم فليس لهم الاجبار بحال وانما لهم تزويج البكر والثيب بعد
البلوغ برضاهما وهل لهم الاكتفا بصمت البكر وجهان احدهما لا لظاهر الحديث والثاني
لا لان السكوت متردد ومعنى الحديث حث المجبر على مراجعتها من غير تكليف نطق واما
المولى المعتق فولايته كولاية العصبات واما السلطان فولي في اربعة مواضع عند
عدم الولي وعند غيبته وعضله واذا اراد الولي ان يزوج من نفسه وليس للسلطان
ولاية الاجبار خلافا لابي حنيفة وليس للوصي ولاية التزويج وان فوض اليه الموصي اذ ليس له
قرابة تدعوه الى الشفقة والنظر ولا حظ له في الكفاءة ٥ الفصل الثاني
في ترتيب الاوليا وجهة القرابة مقدمة على الولا والولا مقدم على السلطان ولا ازدحام
يعرض في النسب والولا اما النسب فالاب ثم الجد ولهما ولاية الاجبار ثم ترتيب باقي
العصبات كترتيبهم في الميراث الا في ثلث مسايل احداها ان الابن عصبة في الميراث ولا يزوج
بالبنوة خلافا لابي حنيفة نعم ان كان قاضيا او عصبة او ابن ابن عم زوج

بهذه الاسباب فالبنوة لا تمنع ولا تقيده الثانية الجد في الميراث يقاسم
الاخوة وها هنا يقدم الجد لانه على عمود النسب وشفقته اكمل الثالثة
ان الاخ من الاب والام مقدم على الاخ من الاب في الميراث وكذلك في الصلوة على الجنازة
وفي الولاية قولان لان جهة الامومة لا مدخل لها في الولاية فيجوز ان لا توجب ترجيحا واختيار
المزني التقديم في التزويج ايضا ويجري القولان في العم من الاب والام والعم من الاب وفي ابنيهما
وابنيهما ولا يجري في ابني عم احدهما اخ لام لان اخوة الام هاهنا لا تفيد عصوبة في الميراث
وكذلك اذا كان لها ابنا ابن عم احدهما ابنها او ابنا معتق احدهما ابنها فلا ترجيح ونص
ابن الحداد ان ابنها من المعتق مقدم على ساير البنين وهو بعيد اما ترتيب الولاء فالمعتق
اولى وان لم يكن فعصباته فان لم يكونوا فمعتق المعتق ثم عصباته وترتيب عصبات المعتق
كترتيب عصبات النسب الا في مسايل احدها اذا اجتمع جد المعتق واخوه من الاب ففيه
قولان احدهما ان الاخ اولى لانه يدلي ببنوة الاب وهي اقوى من الابوة في العصوبة والثاني يتساويان
لان احدهما ابن الاب والاخر ابو الاب وليس الجد هاهنا اصلا للمزوجة حتى يقدم الثانية
ابن المعتق مقدم على ابيه لانه العصبة دون الاب هاهنا الثالثة الجد وابن الاخ وقيل
يقدم الجد لقربه وقيل ابن الاخ لقوة البنوة الرابعة اخو المعتق من الاب والام واخوه
من الاب قيل لا ترجيح اذ الولاء يجري لمحض العصوبة وقيل يطرد القولان فرعان احدهما
ان المراة اذا اعتقت فلها الولاء ولكن يزوج العتيقة من يزوج السيدة برضا العتيقة
ولا يفتقر الى رضا المعتقة لانها لا تلي العقد على نفسها ولا على غيرها وليس لها الاجبار وفيه
وجه انه لا بد من رضاها فان عضلت زوجها وليها برضا السلطان فيكون السلطان نايبا
عنها في الرضا الواجب عليها فان كان للمعتقة اب وابن فيزوجها في حياتها الاب فان ماتت
زوج الابن دون الاب لانه العصبة الان وقيل يستصحب ولاية الاب وهو بعيد الثاني
جارية اعتق بعضها يزوجها المالك وعصبتها ان قلنا ان مثل هذه تورث وان قلنا لا تورث
فيزوجها المالك والقاضي وقد قيل يزوجها المعتق والمالك وقيل لا تزوج لعسر الامر وهو
بعيد والاحوط التزويج باتفاق الجميع الفصل الثالث في سوالب الولاية وهي
سبعة الاول الرق ولا ولاية للرقيق على نفسه فكيف على غيره نعم تصح عبارته في شق عقد
النكاح بالوكالة وان لم ياذن له سيده اذ لا ضرر على سيده فيه ومنهم من منع عبارته في
شق التزويج وزعم ان نايب الولي ان يكون بصفة الولاة بخلاف نايب الزوج الثاني

سعى م

كلما نقدح في النظر كالصبي والجنون والعته والسفه الموجب للحجر والمرض المولم الملهي عن النظر لشدته وما اشبه ذلك فجميع ذلك يسلب الولاية وينقلها الى الابعد الا في الاغماء والجنون المنقطع ففيهما ثلثة اوجه احدها انها تنتقل الى السلطان لان زوالها منتظر كالغيبة والثاني انها تنتقل الى الابعد لان الغيبة لا تخل النظر والثالث ان الاغماء ينتقل الى القاضي والجنون الى الابعد ثم المغمى عليه ينتظر مقدار مدة شهر العدة او سفر القصر كما في الغايب وعندي ان تعذر الانتظار فاقصى ثلثة ايام اولى الثالث العمى وفيه وجهان احدهما انه لا يلي الاعمى لاختلال نظره والثاني يلي لان مقاصد النكاح لا ترتبط بالبصر الرابع الفسق وظاهر نصوص الشافعي قديما وحديثا انه يلي وقال لا يلي السفيه فقال القفال اراد به الذي لا ينظر لنفسه ويبذر عليه ولانه الفاسق الناظر لدنياه [illegible] الاولين التكبير على ان السلاطين الظلمة والفساق في التزويج ولانه ناظر لنفسه فكذلك لولده فانه من اهم اموره الخاصة به ولان عود الفسق بعد البلوغ لا يعيد الحجر وفاقا وان كان عود السفه يعيده على وجه مع ان اتصال الفسق بالبلوغ يمنع ارتفاع الحجر لانه [illegible] فلا يرتفع بالشك في الرشد واتصال الفسق يوجب الشك واذا ارتفع [illegible] لم يعد [illegible] بالشك بسبب الفسق والمشهور تخريج ولاية الفاسق على قولين وقيل [illegible] لا يلي خاصة وقيل ولاية الاجبار تسقط بالفسق دون غيره وقيل عكسه فهذه خمس طرق ولا خلاف في ان المستور يلي التزويج الاولين التكبير ويوكل الفاسق في العقد كتوكيل العبد وفيه خلاف على قولنا لا يلي الفاسق واما السكران المختل العقل فلا يصح تزويجه قولا واحدا ولا وجه لبناء ذلك على انه يسلك به مسلك الصاحي ام لا فان هذا يتعلق بالنظر للغير

الخامس اختلاف الدين يسلب النظر ويسلب الولاية الخاصة حتى لا يزوج المسلم ابنته الكافرة اما الكافر يزوج ابنته الكافرة من المسلم قال الشافعي رضي الله عنه ولي الكافرة كافر لانه ينظر لولده بخلاف الفاسق المسلم على راي وقال الحليمي لا يزوج الكافر اذا قلنا لا يزوج الفاسق وهو خلاف النص ولا يقبل المسلم نكاح الكافرة من قاضي الكفار لانه لا وقع لقضائهم وفي كلام صاحب التقريب اشارة الى خلافه السادس غيبة الولي وهي لا تسلب الولاية عندنا لان النظر قائم ولكن ينوب السلطان عنه لتعذر الامر بغيبته ولذلك لا يعزل الوكيل بطريان الغيبة على الموكل وينعزل بطريان الجنون ثم السلطان يزوج اذا كان السفر فوق مسافة القصر ولا يزوج اذا كان دون مسافة العدوى وهو الذي يرجع عنه المبتكر الى الليل وفيما بينهما وجهان جاريان في قبول شهادة الفرع عند غيبة الاصل وفي

الا سنعدا عند القاضي ثم اذا طلبت من السلطان التزويج قال الشافعي رضي الله عنه لا يزوجها
ما لم يشهد عدلان بانه ليس لها ولي خاص وليست في زوجية ولا عدة فمنهم من قال حتم ذلك
احتياطا للنكاح خاصة ومنهم من قال هو استحباب لان اعتماد العقود على قول
اربابها وكذلك تحليفها القاضي ان وليها لم يزوجها في الغيبة ان راى ذلك ومثل هذه
اليمين التي لا تتعلق بدعوى استحباب او ايجاب فيه خلاف السابع الاحرام
فالمحرم مسلوب العبارة في عقد النكاح بالوكالة والنيابة والاستقلال في شقي القبول
والايجاب وهل يمنع الرجعة فيه وجهان وهل ينعقد النكاح بشهادة المحرم فيه خلاف
للتردد في الرواية اذ ورد في بعضها لا ينكح المحرم ولا يشهد وهل تنقطع هذه الحرمة بالتحلل
الاول فيه وجهان الاظهر انها لا تنقطع لبقاء اسم الاحرام ثم اختلفوا في ان الولاية تنتقل الى
السلطان او الى الابعد ومأخذه انه كالغيبة او هو مناف للولاية فان قلنا انه مناف
للولاية فلو احرم الموكل انعزل وكيله وان قلنا كالغيبة فلا ينعزل ولكن قال الصيدلاني
يصبر الوكيل الى تحلل الموكل اذ يبعد ان يتعاطى عنه في وقت يعجز هو في نفسه
الفصل الرابع في تولي طرفي العقد اعلم ان الاب يتولى طرفي البيع في مال ولده
وكذلك الجد لقوة الولاية ولكثرة الحاجة في البيع وعسر مراجعة السلطان
وهل يتولى الجد طرفي النكاح على حفدته فيه وجهان ينبنيان على ان العلة في البيع قوة
الولاية وحدها او مع كثرة الحاجة الى البيع فان النكاح نادر فان قلنا يتولاها فهل يكفيه
النطق باحد الشقين فيه وفي البيع ثلثة اوجه احدها يكفي لان رضاه باحد الطرفين رضا
بالاخر ولا معنى لجوابه نفسه والثاني لا لان معنى التحصيل غير معنى الازالة فلا بد من لفظين
والثالث انه لا يكفي في النكاح للتعبد في صيغته بخلاف البيع فان قلنا لا يتولى فيفوض
الى السلطان احد الطرفين وقيل انه يوكل لان الجهة قوية وانما يحتاج الى الغير لنظم الخطاب
وللتعبد واما الجهة التي لا تفيد الاجبار فلا تفيد تولي الطرفين فلا يزوج ابن العم من نفسه
بل يزوج منه من في درجته او السلطان ولا يكفيه التوكيل فان وكيله بمثابته وكذى
المعتق والقاضي والحاكم المنصوب من جهة القاضي يزوج منه لان حكمه نافذ عليه فكانه
من جهة السلطان لا كالوكيل ومنهم من استثنى الامام الاعظم وقال له تولي الطرفين لقوة
الامامة والصحيح ان الوكيل من الجانبين في النكاح لا يتولى طرفي العقد وكذلك في البيع وقال
ابو حنيفة رضي الله عنه يجوز للولي وللوكيل تولي طرفي النكاح دون البيع الفصل الخامس

في توكيل الولي واذنها اما الولي المجبر فله التوكيل قطعا وهل عليه تعيين الزوج
قولان احدهما لا لكن على الوكيل طلب الكفو فان الاذن يتقيد بالغبطه
والثاني بلى لان النظر واعيان الاكفا دقيق والنكاح مخطر فسعي ان
ان يتولاه الولي واما المراه اذا اذنت للولي الذي لا يجبر ولم تعين فقولان من تبادر
واولى بالجواز لان الولي ذو حظ بخلاف الوكيل وان صرحت باسقاط الكفاه
تخير المولى وهل يجب التعيين مع ذلك فيه طريقان فان قالت زوجني ممن شئت
فالصحيح انه لا يزوج الا من كفو ومعناه ممن شئت من الاكفا وليس لغير
المجبر التوكيل ان منعت عن ذلك وان رضيت جاز وان اطلقت الاذن فوجهان احدهما
لا كالوكيل في البيع والثاني نعم لانه على الجمله ذو ولايه وحظ فرع لو عينت
زوجا ورضيت بالتوكيل فعين الولي في التوكيل ذلك جاز وان اطلق فالقول زوج
الوكيل من المعين ففي الصحه قولان وجه الفساد فساد صيغه التوكيل كما
لو قال الولي بع مال الطفل بغير فباع بالغبطه فانه لا يصح ويصل بهذا النظر كيفيه
تعاطي الوكيل وليقل الولي للوكيل في القول زوجت فلانه من فلان ولا يقول منك ويقول
الوكيل قبلت لفلان ولو اقتصر على قوله قبلت ففيه وجهان لتردده بينه وبين الموكل
ولو قال قبلت لنفسي لم يصح له ولا للموكل لانه مخالف للخطاب ولو قال زوجت
منك فقال قبلت ونوى موكله لم يقع للموكل وفي البيع يقع مثله للموكل لان معقود
البيع قابل للنقل بخلاف معقود النكاح الفصل السادس فيما يجب
على الولي فنقول اما غير المجبر يجب عليه الاجابه اذا طلبت ان لم يكن في درجة غيره
فان كان فهو كشاهد لا يتعين عليه وفيه خلاف فان تعين وعضل واحوجها
الى السلطان عصى لما فيه من الاضرار وخرق المروه وللنهي عن العضل واما المجبر
يجب عليه تزويج المجنونه اذا تاقت ولا يجب تزويج الابن الصغير لانه يلزمه
المهر والنفقه ولا يجب تزويج البنت الا اذا ظهرت الغبطه فيحتمل الايجاب
كما اذا طلب مال الطفل بزياده فانه يجب البيع ويحتمل تجويز التاخير الى بلوغها
واما مال الطفل فلا يجب على الولي ان يتجر بنفسه بالتجاره والاستنما ولكن يجب صونه
عن الضياع [illegible] من الاستنما المعتاد الذي يصونه عن ان تاكله النفقه
بقدر م

ولو طلبت ماله بزياده حب البيع ولو مع سي با قل فله ان يشتري لنفسه فان لم ترد
فليشتر لطفله فان قبل نكاح ابنه لم يلزمه الصداق في الجديد لانه لم يضمن وفي القديم
يصير بالعقد ضامنا وهل يرجع به بعد البلوغ فيه احتمال على القديم وان تبرم بحفظ
مال الطفل فله ان يستاجر من مال الطفل من يعمل له وله ان يطالب السلطان باجره
يقدرها له من مال الطفل ان لم يجد متبرعا وان وجد متبرعا فالظاهر انه لا يعطى
الاجره بخلاف الام فان ارضاعها بالاجره اولى من ارضاع متبرعه اجنبيه لما فيه
من التعاون الظاهر

الفصل السابع في الكفاه وخصالها

اعلم ان
الكفاه حق للمراه والاوليا فلو رضوا بغير كفو جاز خلافا للشيعه فانهم حرموا
العلويات على غيرهم وكيف يحرمن ولم يحرم بنات رسول الله صلى الله عليه وسلم
على وابي العاص وابن كفو رسول الله صلى الله عليه وسلم في العالم قال الشافعي
رضي الله عنه كيف كان علي كفوا لفاطمه وابوه كافر وابوها سيد البشر
ولو كان يكفي النسب في الكفاه فالناس كلهم اولاد ادم ولم تفاوتوا امر رسول
الله صلى الله عليه وسلم فاطمه بنت قيس وهي قرشيه ان تنكح اسامه وهو مولى والصحيح
ان البكر لا ولي لها يزوجها السلطان من غير كفو برضاها اذ لا حظ للمسلمين في الكفاه
وذكر المصنف لاني خلافه ثم الكفاه ترجع الى مناقب والمعتبر منها خمسه النقى
من العيوب المثبته للخيار والحريه والنسب والصلاح في الدين والنقى من الحرف
الدنيه والجمال لا يعتبر لانه يرجع الى ميل النفوس واليسار يعتبر في اضعف الوجهين
ولعل ذلك قدر البلاغ دون التساوي في المقادير ولا مبالاه بالانتساب الى الظلمه
بل الى الاروقه رسول الله صلى الله عليه وسلم والى العلما لانهم ورثه الانبيا والى الصلحا
المشهورين بالدين لا تنتسي امورهم بعد الموت فانه الموجب للتفاوت واما صلاح
الزوج فيكفي فيه النقى من الفسوق ولا يعتبر المساواه في درجه الصلاح والاشتهار
والحرف الدنيه هي تدل على سقوط النفس واكثرها ترجع الى ملابسه القاذورات
والرجوع في تفصيل ذلك الى العادات وتمام هذا النظر بتلك مسايل احدها ان هذه الخصال
تعتبر في تزويج البنت لا في الابن اذ لا عار على الرجل في غشيان خسيسه نعم لا يزوج
منه معيبه بالعيوب المثبته للخيار ولا يتصور تزويج الرفيعه منه لانه لا يخاف

لعله ولا حاجة إلى الكفاءة بالنسب
والثاني بالصلاح

الهيئة وفي اعتبار الكفاءة بجانبه ايضا وجه لتعيير الناس بهذه الخصال
هل تجبر الفضائل بعضها ببعض فان كان الفاضل نسب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا
يوازيه الانتساب الى غيره من العلماء والصلحاء وهل يوازيه الصلاح الظاهر المشهور في
الخاطب الاصح انه لا يوازيه وقيل تجبر به واعتمد قائله تزوج عمر رضي الله عنه ابنته
سلمان الفارسي وامثال ذلك واما العيوب فلا تجبر ها غيرها اما اليسار فيجبر
بغيره والحرفة لا تعارض النسب وربما تعارضه الصلاح والمحكم في جميع ذلك العادة
ونفي العار المسالة اذا زوجها من غير كفو بطل العقد على الصحيح وذكر العراقيون
في تزويج السلمة من المعيب قولين وهي لخراء من سائر الخصال ثم قالوا ان قلنا ينعقد النكاح
فهل يثبت للولي الفسخ قولان واجروا ذلك وان كان عالما به لان الحق للطفل فلا يسقط
بعلمه وان بلغ فهل تثبت لها الخيار فيه تردد وكل ذلك بعيد ووجهه ان النكاح
مصالح خفية قد يتقاضى ترك الكفاءة الا انه اذا روعي ذلك فلا يتجه اثبات
الخيار الفصل الثامن في اجتماع الاوليا في درجة واحدة واذا اجتمعوا
فكل واحد يستقل لكن الاحب تقديم الاسن والافضل فان تزاحموا فالعقد الى من
تعين المراة فان اذنت للكل اقرع بينهم فان عقد من لم تخرج له القرعة مبادرا انعقد
وان زوج احدهم من غير كفو برضاها قال الشافعي رضي الله عنه النكاح مفسوخ
فقيل معناه ان للاخرين فسخ العقد اعتراضا وقيل معناه انه لا ينعقد لانه يودي الى الحاق
العار مع امكان التدارك وقيل المسالة على قولين فرع اذا اذنت لوليين ولم
تعين الزوج وجوزنا ذلك فعقد كل واحد منهما مع شخص فان اتحد الوقت تدافعا
وان لم يعلم السابق وامكن التوافق تدافعا ايضا اذ ليس يستيقن صحة نكاح احدهما
وان سبق احدهما وتعين ولكن نسيناه ولتعذر تبيانه فالنكاح موقوف بينهما ولا سبيل
بتصور ها طول العمر كما لو غاب زوجها ولم نعرف خبره وكما لو انقطع دم الشابة
بمرض فان عليها استطارة سن الياس مع الضرار فيه وان علم السبق ولم يتعين السابق
منهما اصلا وحصل الياس من البيان فقولان مرتبان على القولين في تعيين عقدين في
بلدة واحدة على هذا الوجه وها هنا اولى بالفسخ لان المطلوب لا يحتمل الفسخ ففي قول
يبطل كما لو تعين ثم نسي وفي قول يفسخ لدوام الضرار واطباق الاشكال من اول
الامر الى اخره ويشكل على هذا ما لو تعين ثم نسي وقد قيل يطرد القولين فيه لكنه

عرس المعسر لعـ حـ را سا الفسخ فيه فقد حكى الصيدلاني عن القفال انه يفسخ
ولا حاجه الى انشا فسخ والاصح انه يحتاج الى انشا فسخ ثم فيه ثلاثه اوجه احدها انه
يفسخ القاضي لانه محل التباس والثاني لها الانشا لتضررها كما في الجب والعنه فان الزوج
يقدر على الطلاق والثالث ان للزوجين ايضا الفسخ فان تاخر الفسخ فنفقتها تقسم على الزوجين
لانها محبوسه بسببهما ولا مهر عليهما اذ النفقه قد تجب بعله الحبس دون المهر وفي
النفقه وجه منقدح انها لا تجب لانه ليس الحبس يقصر منهما ولا النكاح مستيقن
في حق واحد هذا كله عند الاعتراف بالاشكال فان ادعا كل واحد انه السابق قال
الصيدلاني ليس لاحد الزوجين ان يدعي على الاخر اذ ليس في يده شي وليس احدهما بان يكون
مدعيا اولى بان يكون مدعا عليه وان ادعا على الولي وهو غير مجبر لم يجز وان كان مجبرا
وجهان لا اختصاص له بمحل التنازع احدهما انه لا يتوجه عليه اصلا اذ لا حظ له
في الملك وانما هو عاقد كالوكيل والثاني يتوجه لان اقراره يقبل كاقرار الوكيل الذي
لا يجبر قال الامام اذا لم يمكن دعوى العلم المراه فلا يبعد ان يدعي احدهما على صاحبه ويحلف
المراه كما في يد ثالث تداعاه رجلان ثم [illegible] القاضي في البدايه بالتحليف بقرع
بينهما اما ان ادعي عليها العلم بالسبق فلها ثلثه احوال احدها ان تقر لواحد وفرعنا
على الصحيح في صحه اقرارها تثبت زوجيته في الحال لكن هل للثاني ان يحلفها فيه قولان
مبنيان على ان من اقر بشي لزيد ثم اقر به لعمرو فهل يغرم للثاني بالحيلوله فان قلنا
يغرم فها هنا ايضا يتوقع اقرارها فيحلفها حتى تقر فتغرم له او تنكل فيستفيد الثاني
باليمين المردوده تغريمها وان قلنا لا تغرم فلا يحلفها اذ لا فايده له في نكولها ولا في اقرارها
وفي القديم قول انه يحلفها حتى يستفيد باليمين المردوده ان كانت ثبوت الزوجيه له
وكان اقرارها الاول لم يثبت زوجيه الاول الا بشرط الحلف للثاني فاما مع النكول فلا
وهذا بعيد اذ نكولها كيف يرد اقرارها ولو تراجمه الحاله الثانيه ان تنكر العلم
بالسبق وتحلف ~~على نفي العلم بالسبق~~ وتحلف على نفي العلم فيبقى التداعي بين الزوجين وذلك
جائز وان سمعناه في الابتدا قبل توجه الدعوى عليها فان الدعوى الان وجدت متعلقا
ثم لم يفد قطع الخصومه وقيل انه لا يسمع تداعيهما كما في الابتدا وتكفيهما يمين

واجده على نفي العلم ان حضر الزوجان معاً وان بادر احدهما فهل للثاني تحليفها مرة اخرى
فيه وجهان جاريان في كل شخصين يدعيان شيئا واحدا **الحالة الثالثة** ان تنكر وتنكل
حلف المدعي على السبق ولا تعرض لعلمها فان ذلك شرط في الدعوى ليرتبط به الدعوى هذا كله اذا
ادعا عليها العلم فان اطلق دعوى الزوجية ففي سماع الدعوى المطلقة خلاف ٥ ٥ ٥

الباب الثاني في المولى عليه وفيه فصول ثلثة الاول في المولى عليه

بالجنون وفيه ثلث مسايل الاولى البكر المجنونة لا شك في ان الاب يزوجها لكن الثيب ان
كانت كبيرة يزوجها بمجرد المصلحة من غير حاجة على الاصح وقيل لا يزوجها الا الاب وهو في حق الثيب
كالاخ وهو لا يزوجها اما الثيب الصغيرة المجنونة ففيها وجهان احدهما انه لا يزوجها كالعاقلة
وكالبالغة فانها في مظنة الشهوة على الجملة وان لم يشترط ظهور حاجة الشهوة
في حق الاب والصحيح انها اذا بلغت عاقلة لم يعد الجنون عادة ولانه البضع وان كان في عوض
ولانه المال خلاف لان تفويض البضع الى السلطان مع حنو الاب قبيح **الثانية** للاب التزويج من الابن
الكبير المجنون وفي الصغير وجهان ووجه المنع انه يكثر عليه المؤن ويخرج بالجنون عن مظنة الاستمتاع
وبالجملة تزويج الثيب الصغيرة اولى من التزويج من الابن ثم لا يبعد ان يزاد في التزويج من المجنون على واحدة
وظاهر المذهب انه يزوج من الصغير العاقل اربعا لانه في مظنة الاستصلاح وقيل انه لا يزيد على
واحدة ايضا **الثالثة** اذا لم يكن للمجنونة اب او جد يزوجها السلطان او العصبات فيه
وجهان احدهما للعصبات لانهم على الجملة ذوو حظ وشفقتهم اكمل نعم السلطان ينوب عنها
في الرضا والثاني ان للسلطان ان يزوجها كما انه الذي يلي مالها نعم قال الشافعي رضي الله عنه
يراجع اهل الراي من اقاربها ويشاورهم واختلف في ان ذلك ايجاب او استحباب فان جعلناه
ايجابا رجع الامر الى انه لا بد من رضى الولي والسلطان ويرجع الخلاف الى تعيين من يتعاطى العقد
ثم هل يشترط في تزويجهم حكم الاطباء بظهور حاجتها الى الوطي وجهان احدهما انه لا يشترط بل
يجوز بالاستصلاح كما يجوز للاب والثاني بلى اذ ليس لهؤلاء رتبة الاجبار فلا يقدمون عليه الا عن ضرورة

الفصل الثاني في المولى عليه بالسفه

فاذا بلغ الصبي سفيها لم يجبره الولي على النكاح لانه بالغ
ولا يستقل هو بالنكاح لانه سفيه لكن ينكح باذن الولي وعبارته صحيحة ويستقل بالطلاق لانه لا يندرج
تحت الحجر ومهما التمس النكاح لعلة الحاجة وجب الاسعاف لانه اعرف بحاجته وان التمس لعلة
المصلحة ففي وجوب اسعافه تردد لانه بين الصبي والمجنون وهو اولى بالاستصلاح من المجنون
واذا وجبت الاجابة فامتنع الولي فليراجع السلطان فان لم يجد السلطان ففي صحة استقلاله تردد
بخلاف ما اذا استقل بشرا الطعام في مثل هذه الصورة لان الطعام في محل الضرورة دون الوقاع ولذلك
يجب على الاب الانفاق على الابن دون الاعفاف ومهما استقل دون مراجعة الولي لم ينعقد النكاح
فان وطي ففي المهر ثلاثة اوجه احدها لا يجب كما اذا اشترى واتلف فان البائع هو الذي قصر وسلط

والثاني تجب اذ تعذر به الوطء عن ممكن تعبدا والثالث يكتفى باقل ما يتمول لحق التعبد وحق الشفعه
واما الشفعه فى جانبها فلا يظهر له اثر **فرع** سعى للولي ان يعين المراه والمهر جميعا اذا اذن فان
عين المراه دون المهر جاز وتعين مهر المثل فان الوكيل اذا زاد لانه عاقد لنفسه ومقصود الاذن رفع
الحجر ثم الغبطه تعتبر مقدار المهر اما اذا عين امراه فنكح غيرها لم يصح لانه يخالف الاصل والمصلحه
تتفاوت به كما ان الزياده ايضا لا تصح وان صح العقد دونها اما اذا اذن مطلقا ولم يعين امراة ففي
صحه هذا الاذن وجهان لمخالفه المصلحه غالبا فان قلنا انه يصح فله ان ينكح من يشاء بمهر المثل بشرط
ان لا ينكح شريفه يستغرق مهرها جميع ماله فان ذلك خالف الغبطه والاذن المطلق ينزل على الغبطه
اما المراه فالشفعه في حقها لا يوثر في تغيير امر الولايه **الفصل الثالث** في المولى عليه
بالرق وللسيد ولايه اجبار الامه على النكاح وهل له اجبار العبد فيه ثلاثة اقوال احدها نعم كالامة
والثاني لا لان مستمتعه غير مملوك له ولا هو اهل للنظر له والثالث انه يجبر الصغير نظرا له دون
الكبير وهل للعبد اجبار السيد على النكاح فيه وجهان احدهما نعم لان منعه يورطه في الفجور والرق
لا اخر له ولا بد من التحصين والثاني لا لان ذلك يشوش مقاصد الرق ولعل الاصح ان كل واحد لا يجبر الاخر
بل لا بد من تراضيهما وهذا الخلاف جار في انه هل يجب تزويج الامة اذا طلبت وهو ابعد لان لها مطمعا
في الاستمتاع بالسيد ثم تزويج المالك رقيقه حيث قلنا به بطريق الولايه او الملك فيه وجهان
احدهما انه بالملك اذ لا قرابه له حتى ينظر له فان نظر له فيظهر لمصالح ملكه وقد لا يكون مصلحه ملكه
مصلحه للرقيق نفسه والثاني انه بطريق الولايه لان مستمتع العبد لا يملكه ومستمتع الامه وان
ملكه فليس المنقول الى الزوج ملكه ولذلك يملك الزوج ما لم يملكه من طلاق وظهار ولا يقدر الزوج
على نقل البضع من نفسه ولا هو واطئ بملك اليمين ولذلك لا يجوز له تزويجها من معيب بالعيوب الخمسة
فان فعل فلها الخيار ولا خيار للسيد اذا احتمل ذلك لانه ماخوذ من دفع ضرار الاستمتاع ولو اعتقها
من معيب فليس لها الخيار فان قلنا انه بالولاية فلا يزوج الفاسق امته وعبده ان قلنا انه لا يلي
الفاسق ولا يزوج المسلم رقيقة الكافر امة كانت وعبدا ولا الكافر يجبر رقيقة المسلم لكن
برضا فيسقط حقه وينكح العبد بنفسه **فروع** ثلثه الاول الولي هل يزوج رقيق طفله فيه
ثلثه اوجه احدها نعم لانه من مصالح المال والثاني لا لان مصلحه الماليه لا تقتضي النكاح والثالث انه
يزوج الامه لحظ المؤنه دون العبد الثاني امة المراة يزوجها وليها برضاها وقال صاحب التلخيص
يزوجها السلطان برضاها اذ وليها ليس مالكا ولا وليا لها وهذا له وجه على قولنا ان تزويج الرقيق
بالملك لا بالولاية ثم لا يجبر الولي امه البكر البالغه وان اجبرها ولا يكتفى بسكوتها في اذنها وان اكتفى
بذلك في نفسها الثالث قال ابن الحداد المعتقه في المرض لا يزوجها فربما لانه ربما تنقص الاموال
ويموت المريض ويعود رقيقه فمن الاصحاب من خالفه وقال يبنى التصرف على الحال كما لو وهب المريض
جاريه حل للمتهب وطيها مع ذلك الاحتمال لكن قياس ابن الحداد يقتضي المنع في هذا ايضا وحسن
هذا الاحتياط للبضع اذا كان المرض مخطرا ولا مال له سواها اذ يظهر هذا الاحتمال **القسم
الثالث** من الكتاب في الموانع للنكاح في الناكح والمنكوحه وهي اربعه اجناس الاول ما يوجب

المحرميه الثاني ما يتعلق بعدد ولا يوجب حرمة مؤبده والثالث الرق والملك والرابع الكفر الجنس
الاول المحرميه وذلك يحصل بنسب او رضاع او مصاهرة المانع الاول النسب ويحرم جميع الاقارب
الا اولاد الاعمام والعمات والاخوال والخالات واصناف المحرمات سبعة ذكرهن الله تعالى في
قوله حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الايه اما الام فهي كل انثى انتهيت اليها بالولاده بواسطه
او بغير واسطه كانت الواسطه ذكرا او انثى واندرج تحته الجدات واما البنت فكل انثى تنتهي اليك
بالولاده بواسطه وبغير واسطه كما سبق واندرج فيه الاحفاد واما الاخت فكل انثى ولدها ابواك
او احدهما وبنات الاخ وبنات الاخت كبناتك منك والعمه كل امراه ولدها احد اجدادك وجداتك من قبل
الاب ولا يحرم اولادها والخاله كل امراه ولدها احد اجدادك او جداتك من قبل الام ولا يحرم اولادها
واللفظ الجامع انه يحرم على الرجل اصوله وفصوله وفصول اول اصوله واول فصل من كل اصل بعده اصل
فرع اذا ولدت امراه الرجل من الزنا لم يحل له نكاح ولدها والمخلوقه من ماء الزاني لا يحرم نكاحها
على الزاني لانه ينفصل عن الام وهو انسان وبعضها وينفصل عن الرجل وهي نطفه وعاه تحريم النسب
الشرعي تحريمها وقد انتفى ولو كان بعضا حقيقيا منه لما انعقد ولد الحر رقيقا في شكوكه رقيق
كما لا تلد الحره رقيقا من زوج رقيق اما المنفيه باللعان فهل تحرم على النافي فيه وجهان وجه
التحريم انها عرضة اللحوق بالفراش اذا كذب نفسه المانع الثاني الرضاع قال النبي عليه السلام
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فيحرم منه الام والبنت والاخت وبنات الاخ وبناتهما والعمه والخاله
وامك كل امراه ارضعتك او ارضعت من ارضعتك او ارضعت من يرجع نسبك اليه من جهه ابيك او
امك وكذلك كل امراه يرجع نسب المرضعه اليها وكل امراه يرجع نسبها الى هذه المرضعه من
قبل ابيها او امها فهي اختك وكذلك كل امراه ارضعتها امك بلبن ابيك فهي اختك من الاب والام
او امك بلبن غير ابيك فهي اختك من الام او اجنبيه بلبن ابيك فهي اختك من الاب وكذلك قياس
العمات وسياتي في كتاب الرضاع شرحه ان شاء الله تعالى فرع لو اختلطت اخته من الرضاع
باهل بلده او قريه لا ينحصرون في العاده فله ان ينكح من شاء كما لو غصبت شاه في بلده فلا يحرم عليه
اللحم ولو اختلطت بعشر او عشرين او عدد محصور الجمله فيلزمه اجتناب الكل لان يقين التحريم
عارض يقين الحل في عدد وقيل يحل الهجوم وهو بعيد المانع الثالث المصاهره والمحرمات
بالمصاهره اربع الزوجه وجداتها من الرضاع والنسب وبناتها وحفدتها من الرضاع والنسب
وزوجه الابن والحفده وزوجه الاب والجد ويحرم الجميع لمجرد النكاح الا بنت الزوجه فلا تحرم
الا بالدخول قال الله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن والوطي الحلال بملك اليمين
والوطي بالشبهه يحرم الاربع كالوطي في النكاح اذ الشبهه كالحقيقه في جلب الحرمات كالعده
والمهر والنسب وسقوط الحد لكن يرجع في وجوب المهر الى الاشتباه عليها وفي سقوط الحد و
ثبوت النسب والعده الى الاشتباه عليه وقيل في المصاهره انه يكفي بالشبهه من احد الجانبين
وقيل لابد من الاشتباه على الرجل لانه قرينه النسب في كتاب الله تعالى وقيل لابد فيه من الاشتباه
عليهما جميعا والصحيح ان مجرد الملامسه لا تقوم مقام الوطي في تحريم المصاهره بالشبهه او في
كانت

النكاح وفيه قول اخر انه يلحق به وقيل يطرد ذلك القول في النظر الى الشهوة ○ الجنس
الثاني ما يتعلق بتعدد عددي ولا يتأبد به الحرمة وهي ثلثة المانع الاول نكاح الاخت على الاخت
قال الله تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف فقيل اراد ما سلف قبل التحريم
فلا يرد وقيل ما سلف في الجاهلية ثم الحق به رسول الله صلى الله عليه وسلم جميع المحارم
فقال لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها والضابط ان كل شخصين بينهما قرابة
او رضاع لو كان احدهما ذكرا والاخر انثى حرم النكاح بينهما فلا يجوز الجمع بينهما
واحترزنا بالقرابة من الرضاع عن الجمع بين المراة وام زوجها او ابنة زوجها فان ذلك
جائز وان كان النكاح يحرم بينهما لو كان احدهما ذكرا والاخر انثى ثم الحق الفقها
ملك اليمين بالنكاح حتى قالوا لو اشترى امة ووطيها حرم عليه اختها وخالتها
وعمتها فان ملك الجمع فما لم يحرم الموطوة على نفسه ببيع او عتق او تزويج او
كتابة لا تحل له وطي الباقيات ولا تقوم العوارض المحرمة مقام البيع كالحيض
والعدة بالشبهة والردة والاحرام وفي الرهن والبيع بشرط الخيار خلاف
ويحل الاخت بالطلاق البائن ولا يحل بالرجعي وقال ابو حنيفة لا يحل ايضا بالبائن
وكذا الخلاف في نكاح الخامسة ○ فرع لو وطي امة ثم نكح اختها الحرة
صح النكاح وحرمت الامة وليس كما لو نكحها ثم نكح عليها اختها فان الطاري
لا يصح لان ملك اليمين ضعيف في مقصود الوطي فلا يدفع النكاح المقصود
بل يندفع به جملة ولو اشترى الرجل منكوحته صح الشرا وانفسخ النكاح لان ملك
اليمين اقوى في نفسه المانع الثاني الزيادة على الاربع ممتنع على الحر والثالثة
في حق العبد كالخامسة في حق الحر فلا يزيد العبد على اثنين وقال مالك ينكح العبد اربعا
فرع لو نكح خمسا في عقد واحد فالعقد باطل فيهن فلو كان فيهن اختان بطل فيهما
وفي الباقي قولا تفريق الصفقة وكذا لو جمع بين خلية عن العدة ومعتدة ففي الخلية
القولان المانع الثالث استيفا عدد الطلاق فلا تحل المطلقة ثلاثا حتى
تنكح زوجا غيره ويطاها في نكاح صحيح ثم يطلقها وتنقضي عدتها ولا يحصل بالوطي في
ملك اليمين والمذهب انه لا يحصل بالوطي في نكاح فاسد ويحصل بوطي الصبي وبنزولها
على النائم وهو نائم وبالاستدخال من غير انتشار وفيه وجه بعيد ويحصل بتغييب
الحشفة او مقدار الحشفة من مقطوع الحشفة ومن لطائف الحيل للفرار عن الغيظ
ان يشتري عبدا صغيرا فيزوجها منه ثم تستدخل زبيبة الصغير ولو مع حائل من ثوب

رهي الحاشية قدم المنعل به البتي

لم الثالث

لجماع الح

حوالة عسر

ثم يسع العبد منها حتى ينفسخ النكاح فيحصل التحليل الا اذا قلنا لا يجوز اجبار العبد
الصغير فان قيل فما معنى قوله عليه السلم لعن الله المحلل والمحلل له قلنا اراد بذلك طالب الحل
من نكاح المتعه وهو الموقت وسماه محللا وان لم يحلل لانه يعتقده ويطلب الحل منه
فاما طالب الحل من طريقه فلا يستوجب اللعن وقيل انما لعن مع حصول التحليل لان التماس
ذلك هتك للمروة والملتمس هو المحلل له واعارة النفس في الوطي لغرض الغير ايضا
رذيله فانه انما يطاها لغرض لوطي الغير وهو قلة حميه ولذلك قال عليه السلم
ذلك هو التيس المستعار وانما يكون مستعارا اذا سبق التماس من المطلق ومن عرض
لوطي الغير من هي منكوحته او من كانت منكوحته وستكون منكوحته فهو مذموم جدا
فلا يبعد ان يلعن ولا تقتضي هذا اللعن بطلان العقد لانه سماه مع ذلك محللا الا اذا
شرط الطلاق في نفس العقد فانه يفسد على وجه كالتاقيت ولا يفسد على وجه لانه شرط
فاشبه كما لو شرط ان لا يتسرى عليها ولا يسافر بها وكسائر الشروط المفسده
للمهر واما التاقيت فانه وضع للعقد قاصرا على مده ولا يمكن الاقتصار ولا التشوف
اما اذا قال بشرط ان لا يحل لك فيشبه ان يفسد لانه جعل اللفظ مناقضا ولو قال
بشرط ان لا يطاها ففيه وجهان وهذه الشروط ان لم تقارن العقد لا تضر وفيه
وجه يعد ان المتقدم كالمقارن اخذا من مهر السر والعلانيه كما سياتي وعلى
هذا لا يصح التحليل بالالتماس الا اذا زوج مطلقا ثم التمس الطلاق بعد العقد
الجنس الثالث من الموانع الرق والملك اما الرق فمانع على الجمله عند الشافعي
رضي الله عنه في بعض الاحوال فلا يجوز للحر المسلم ان ينكح الامه الا بخمس شرايط ثلثه
فيه وهي فقد الحره تحته وفقد طول الحره وخوف العنت واثنان في الامه
وهي ان تكون مسلمه ومملوكه لمسلم الشرط الاول ان لا يكون تحته حره فان كان تحته
رتقا او هرمه او غايبه او كتابيه لم تحل ايضا نكاح الامه بل عليه طلاقها بخلاف
ما اذا وجد مالا ولكنه غايب فانه كالفاقد للطول الشرط الثاني
فقد طول الحره فمن ليس تحته حره ولكنه قادر عليها لم يحل له نكاح الامه لقوله تعالى
ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المومنات الايه ويجوز للمفلس نكاح
الامه وان وجد حره ترضى بمهر موجل لان الموجل يشغل وهو معسر وكذلك اذا كان له
مال غايب وهو يخاف العنت في الحال قبل القدره على المال وكذلك اذا رضيت الحره
بدون مهر المثل وملك ذلك القدر لانه لا يلزمه تحمل المنه وفيه وجه اختاره الصيدلاني
انه لا يجوز له نكاح الامه لان المنه بالمهر مستحقره في النكاح بخلاف المنه في بيع الماء

نكاحهم

والثوب الساتر للعورة في الصلوة ولو وجد مالا ولم يجد حرة ينكحها جاز له نكاح الامه
ولو لم يجد الا حرة تغالبه في المهر مغالاة بعيد احتمال ذلك شرعا بالاضافة الى مقاصد
النكاح فله نكاح الامه وان كان ذلك قدرا قريبا لم يرخص له بسببه وكذلك الولي اذا
نقص من مهر المثل قدرا يحتمل ذلك لاغراض النكاح فلا ينبغي ان ينسب الاعراض للمراه ع
بل اذا افرط في النقصان فان مقاصد النكاح تغطي على هذه المحقرات وكذلك لو لم يجد
الا حرة غائبة غيبة قريبة تحتمل مثلها في مقاصد النكاح لم ينكح الامه فان كانت
بعيدة نكح الامه ولو لم يجد الا حرة كتابية جاز له نكاح الامه على احسن الوجهين لان الحذر من
مخالطة المشركات مهم ويشهد له ظاهر قوله تعالى والمحصنات من المؤمنات **الشرط**
الثالث خوف العنت والمأثم وذلك بغلبة الشهوة وضعف اعتصام التقوى ولا يشترط
في الخوف غلبة وقوع الزنا بل توقع وقوعه كما ان الطريق المخوف هو الذي يتوقع فيه الهلاك
وان لم يغلب والامن هو ان لا يتوقع وان كان ذلك ممكنا على الندور ومن ضعفت شهوته
وقوي تقواه فهو امن ومن غلبت شهوته ولكنه راسخ التقوى فان كان يفضي به الصبر
الى مرض فلينكح الامه والا فالصبر احسن من ارقاق الولد ولا يبعد ان يرخص له ولا يكلف المشقة
في مصابرة الشهوة ومن قدر على التسري فالظاهر انه لا ينكح الامه لانه لا يخاف العنت
وفيه وجه انه ينكح لان ملك اليمين لا يقصد به التحصن **الشرط الرابع**
في الامه وهي ان تكون مسلمة فلا يحل للمسلم عند الشافعي رضي الله عنه نكاح الامة الكتابية
بحال لقوله تعالى من فتياتكم المؤمنات وكان الاصل في المشركات والاما التحريم وهذا
مستثنى مع التقييد **الشرط الخامس** ان تكون مملوكة لمسلم حتى لا يرق ولد
المسلم للكافر وفي هذا الشرط خلاف والظاهر انه لا يشترط لانه ان رق لكافر فيباع عليه
في الحال واختتام الشرائط بامرين احدهما ان العبد لا يعتبر فيه الشرائط كلها
الا الشرط الرابع والخامس بل الامه في حقه كالحرة حتى يجوز له الجمع بين امتين ولا يجوز
للحر الجمع بين امتين ايضا بحال وهذا لان المحذور من نكاح الاما ارقاق الولد والعبد رقيق
ليس عليه النظر لولده الموجود فلا يؤمر بالنظر لولده المفقود والمكاتب ومن بعضه
رقيق في هذا كالعبد كما ان من نصفها رقيق كالامة حتى يفتقر الى الشرائط في نكاح
الحر اياها نعم يحتمل ترددا في ان من قدر على مثلها هل يجوز له نكاح امه كاملة الرق لان ارقاق
بعض الولد اهون من ارقاق جميعه واما الحر الكتابي فهو كالمسلم في شرائط النكاح
الا في نكاح الامه الكتابيه اذ نص الشافعي رضي الله عنه ان الكافر يزوج امته وذلك يدل على

ان تزوجها ممكن ووجه ذلك من حيث ان الكفر ليس نقصا في حق الكافر ولكن هذا
ينقضه نص الشافعي ان العبد المسلم لا ينكح الامة الكتابية والرق ليس نقصا بالاضافة
اليه فيما اعتورها نقصان في حقه فمن الاصحاب من جعل المسالتين على قولين ويرجع الخلاف
الى ان الامة الكتابية هل هي محرمة في عينها كالوثنية او هي محرمة لاجتماع النقص الامر
الثاني ان شرط فقد الحرة وطولها وخوف العنت يعتبر في ابتداء النكاح دون
دوامه فلو نكح حرة على امة يجوز وقال المزني ينقطع نكاحها بوجدان طول الحرة والقدرة
عليها فضلا من وجودها ولم يطرد ذلك في زوال خوف العنت واما اسلام المالك
ان شرطناه فلا شك انه لا يعتبر في الدوام **فرع** لو جمع بين حرة وامة في عقد
واحد بطل نكاح الامة وفي نكاح الحرة قولا تفريق الصفقة الاصح وهو النص القديم صحة نكاح
الحرة لان النكاح لا يفسد بفساد المهر فكيف يفسد بفساد القرينة المباينة له ولو
جمع بينهما من حل له نكاح الامة مع القدرة على الحرة وهو ان يكون هذه الحرة رضيت بدون
مهر المثل وقلنا لا يلزمه تقلد المنة فلا يصح هاهنا نكاح الامة لان الامة لا تضام الحرة
الا اذا سبق نكاحها وهاهنا لم يسبق واما نكاح الحرة فطريقان احدهما طرد
القولين والاخر القطع بالفساد كما لو جمع بين اختين فانه لا انعقاد عليهما جميعا
وهذا بعيد لان احدى الاختين ليست اولى بالدفع وهاهنا الامة اولى بالدفع **المانع**
الثالث الملك وهو وزان الرق فان من حل له نكاح الامة لا يحل له ان ينكح امة نفسه
فان قلنا ان القدرة على التسري لا تمنع نكاح الامة بل لو اشترى زوجته او ورثها انفسخ النكاح
وكذلك لا تنكح الحرة عبد نفسها ولو اشترت زوجها العبد او ورثته انفسخ النكاح
الجنس الرابع من الموانع الكفر وفيه ثلثة فصول الاول في اصناف الكفار
وهي ثلثة اهل الكتاب وهم اليهود والنصارى وكفرهم اخف فيحل مناكحتهم
وذبائحهم وحكمهم في حقوق النكاح كالمسلمات الا في الميراث اذ لا ارث
مع اختلاف الدين ولا كراهية في نكاحهن فان الاستفراش اهانة والكافرة
جديرة بذلك وقال مالك رضي الله عنه يكره نكاحهن نعم الحربية الكتابية يكره
نكاحها فان صحبة الكفار في ديارهم يوحش الانتشار وربما تسبى الحربية وهي
حامل بولد والكراهية تثبت باقل من هذا **الصنف الثاني** عبدة
الاوثان والمعطلة والدهرية ومن لا نحلة له فلا يحل نكاحهم وذبائحهم ويدخل
فيهم المرتدة **الصنف الثالث** المجوس ونسلك بهم مسلك اهل الكتاب في التقرير
بالجزية دون المناكحة والذبيحة وحكي في مناكحتهم قول لعبد الشافعي رضي الله عنه

تنبيه
اي لا يجتمع معها
اي ولو
اي حقيقة
اي يورث
اي جماعة

لا وجه له وقيل كان لهم كتاب فاسري به ثم رفعوا الكتابيه في القسم والنفقه وساير الحقوق كالمسلمه وللمسلم منعها من الخروج الى الكنايس كما له منع المسلمه من المساجد وله ان يلزمها الغسل من الحيض اذا حيضت تحل له وهل يلزمها الغسل من الجنابه لاجل العيافه فيه قولان وكذلك في الزام الاستحداد الذي يكسر الشهوة تركه وكذلك في المنع من تناول الخنزير والمستقذرات واكل الثوم وكذا ذلك يجري في المسلمه ايضا ان

الفصل الثاني في اقسام اهل الكتاب فمن دخل من اول ابائه قبل التحريف او بعده ولكن على المحرف ولم يؤمن به وكانت من نسب بني اسرايل فقد اجتمع لها الشرفان فيصح نكاحها قطعا وان لم تكن من بني اسرايل ففي جواز نكاحها قولان وان كان اول ابائها آمن بعد التحريف ففي جواز انكاحها قولان وان شككنا في ذلك فقولان مرتبان واولى بالجواز والخلاف فيمن دخل من اول ابائه بعد المبعث او شككنا في ذلك لم تحل مناكحته فاذا امن اول ابا اليهوديه بعد نزول عيسى بن مريم عليه السلام فهل يكون كما بعد المبعث فيه وجهان والاقيس انا لا نعتبر نسب بني اسرايل ولا تقدم ايمان الابا على التحريف واما الصابيون والسامره وهم من طوايف اليهود والنصارى وبينهم خلاف في الاعتقاد نص الشافعي رضي الله عنه في موضع على مناكحتهم وفي موضع نص على خلافه واتفق جماهير الاصحاب على ان المساله ليست على قولين ولكن ظن الشافعي رضي الله عنه مرة انهم يخالفون القوم فيما يوجب التكفير فيلتحقون بالزنادقه وظن مرة انهم يخالفون فيما يوجب البدعه ونكاح المبتدعه صحيح واطلق الشيخ ابو علي طريقة القولين

الفصل الثالث في تبدل الدين وله صور احدها ان يتنصر يهودي او يتهود نصراني ففيه ثلثة اقوال احدها انه يقر عليه لانهما دين واحد متساويان في الرد والثاني انه لا يقنع منه الا بالاسلام ولو عاد الى النصرانيه لم يكف لانه ابطل بذلك العصمه فلا يستجد بعد المبعث عصمه والثالث انه يقنع منه بالاسلام او بالعود الى التنصر فان اصر وقلنا انه لا يقر عليه فيلحق بمامنه او يقتل قتل المرتد فيه قولان الصوره الثانيه ان يتنصر وثني فلا يقر عليه اصلا لانه لم يكن معصوما ويزيد استجد عصمه بدين باطل وان توثن النصراني فلا يقر اصلا ولكن في قول لا يقنع الا بالاسلام وفي قول يقنع بالاسلام او بالعود الى التنصر وفيه قول يقنع وان عاد الى التهود الصوره الثالثه ان يرتد مسلم والعياذ بالله تعالى فالاديان في حقه سوا فلا يقنع منه الا بالسيف او الاسلام ويمتنع نكاح المرتد والمرتده وان طرى على دوام النكاح تنجزت الفرقه قبل المسيس وان جرى بعد المسيس توقف على انقضاء العده

عند الشافعي رضي الله عنه فان عاد الى الاسلام استمر العقد والا تبين بطلان النكاح بنفس
الردة وكذلك لو ارتدا معاً فهو كما لو ارتد احدهما وكذلك لو اسلم احد الزوجين المجوسيين
او الوثنيين او اسلمت الكتابية تحت كافر يتنجز الفرقة قبل المسيس ويتوقف على العدة بعد
المسيس ولو اسلما معاً استمر النكاح **فرع** المتولد بين يهودي
ومجوسي في حل مناكحته قولان احدهما التحريم تغليبا لجانب الحرمة والثاني النظر
الى جانب الاب اعتبارا للنسب وقال القفال هذا في الصغير وان بلغ وتمجس فله ذلك
وهو مجوسي ويحتمل ان يقال اذا كان ابوه يهوديا لم يمكن من التمجس بعد البلوغ وجعل
كيهودي تمجس وهذا **باب نكاح** المشركات وهذا وان

ذكره لاستبعاد مسائله عن المواضع السابقة وفيه فصول الاول في حكم انكحة
الكفار في الصحة والفساد وكان مقتضى قياس الشرع وعموم خطابه ان لا يخالف
نكاح الكفار نكاح المسلم ويرعى فيه جميع الشرائط حتى لا يحتاج [illegible] الى اقرارهم
بنظر لكن روي ان فيروز الديلمي اسلم على اختين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم
اختر احداهما وفارق الاخرى واسلم غيلان على عشر نسوة فقال صلى الله عليه
وسلم امسك اربعا وفارق سائرهن فحمل ابو حنيفة قوله اختر على الاستئناف ووفق
برعاية تمام الشروط وقضى بان من اسلم على اختين تعينت السابقة وان وقع الثانية وان
نكحهما في عقد اندفعتا جميعا كما لو ارضعت امرأة صغيرتين نكحهما واحد فانهما
تندفعان الا ان التاويل الذي ذكره باطل لقوله امسك ولانه لم يعلمهم شرائط النكاح
ولم ينقل انشاء العقد وترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الاستفصال نكاح الاختين
معا مع ان الغالب تساوي احوالهما تفهم منه انهم اذا اسلموا لم يؤاخذوا بشروط
الاسلام ولكن ان كان المفسد مقارنا دفعناه ولذلك امرناه باختيار احداهما
اذ الجمع مفسد مقارن فيتحصل من هذا انه لو نكح بغير ولي ولا شهود او في العدة
واسلما بعد انقضاء العدة اقررناه على النكاح واما ان كان المفسد مقارنا
لحال الاسلام لم يقرر كما لو اسلم على محرم نكحها من ام او بنت او غيرهما او نكحها معتدة
واسلما او احدهما قبل انقضاء العدة وكذلك لو نكح موقتا واعتقد والصحة موقتا
واسلما قبل انقضاء الوقت لا يقرر عليه لان التابيد على حل او اعتقاد [illegible] ولو قرره
موقتا فاسد في الاسلام وان اعتقدوه مؤبدا اقر واعلنه ولو اغتصب كافر
امرأة واعتقدوه نكاحا قال القفال لا نقررهم اذ لا اقل من عقد وقال الصيدلاني

بلغ

نقرر وان اقامه الفعل مقام العقد لشرفيه الا اخلال بشرط وهو منعه ولو نكحوا
نكاحا اعتقدوه فاسدا وهو صحيح عندنا اقررناهم على الصحيح وان كان فاسدا عندنا
ايضا لم نقررهم لان الرخصه بالتقرير وردت فيما اعتقدوه نكاحا اما المفسد الطاري
بعد العقد كالعده بالشبهه لا تدفع النكاح وان اقترن بالاسلام لان طاريها لا يدفع
في نكاح المسلم فكيف يقدح في نكاح الكافر ولو نكح امه ثم حره واسلم عليهما اندفع نكاح
الامه لانا اذا لم نلتفت الى التقدم والتاخر في العقد على احسن فكذلك لا نشترط في العقد
على حره وامه ونجعل ذلك كمفسد لنكاح الامه قارن العقد والاسلام واليسار
الطاري بعد نكاح الامه اذا دام الى اسلامهما يدفع نكاح الامه وهذا الحال فيما ذكرناه
في العده الطاريه والفرق غامض ووجهه ان فقد الطول احد شرطي نكاح الامه
فكان بطريان الحره اشبه ولان رق الولد مفسد نكاح القادر وهو مقارن للاسلام
دائما فيشبه المحرميه المقارنه واما العده الطاريه فننتظر زوالها على قرب وكذلك لو
اسلم احد الزوجين واحرم واسلم الثاني لم يندفع النكاح كما في العده الطاريه بخلاف وجود
الحره وحكي عن القفال انه الحق العده والاحرام بالحره وقضى باندفاع النكاح واستشهد
على ذلك بنص الشافعي رضي الله عنه انه لو اسلم احدهما بعد المسيس وارتد ثم اسلم
الثاني اندفع نكاحهما وهذا فيه نظر لان الرده تضاد النكاح ولذلك تنجز انقضا العده
من وقت الرده اذا اصر والعده والاحرام لا تضاداته ولذلك لا يصح رجعه المرتده
ويصح رجعه المحرمه والمعتده عن الشبهه على الصحيح ثم قطع الصيدلاني بان المفسد
ان قارن اسلام احدهما كفى الا في اليسار فانه لم يلتفت الى وجوده الا حاله اجتماعهما
على الاسلام ولو نكح المعتده واسلم احدهما قبل تمام العده والاخر بعد العده لم نقرر
وكذلك لو اسلم على حره وامه واسلمت الحره وماتت ثم اسلمت الامه اندفعت الامه
لوجود الحره عند اسلام الزوج ولو اسلم موسرا على امه ثم اعسر واسلمت قررت
عليها وكانه الفرق وان تاثير اليسار في دفع الامه اضعف لانه ماخوذ من ظاهر
الخطاب الوارد مع المومنين فلا يظهر اثره في حق الكافر الا عند الاجتماع في الاسلام
بخلاف العده والحره ولضعف هذا الفرق طرد ابو يحيى البلخي القياس وقضى بانه اذا
اسلم موسرا وتخلفت ثم اسلمت بعد اعساره لم نقرر وزاد وقال لو اسلم
معسرا ثم ايسر واسلمت قرر لانه اذا اعسر تلك الحال فما بعد ذلك طاري

لا تؤثر وقد نار الخلاف من الاصحاب في اصلين احدهما ان التقرير بعد الاسلام
في حكم ابتدا النكاح او في حكم الادامة فقالوا فيه قولان مستنبطان من كلام
الشافعي رضي الله عنه وهو عسر مشكل اذ كيف يجعل في حكم الابتدا والصحيح
انه لا تمنعه عدة الشبهة والاحرام وكيف يجعل ادامة واليسار المقارن
وان كان طاريا بعد النكاح يدفعه بل الصحيح انه متردد بينهما الا انه يتحقق
فيه احد الحكمين وكانه بالرجعة اشبه فانها ايضا كالمتردد والثاني
ان انكحة الكفار يحكم بصحتها او فسادها او نتوقف الى الاسلام
ذكروا فيه ثلاثة اقوال احدها انها فاسدة لانها تخالف الشرع لكنا
نصححها بعد الاسلام رخصة والثاني انها صحيحة بدليل التقرير فان القول
بالفساد مع التقرير محال ولانه يحصل التحليل بوطي الذمي ويحصن الذمي لانه
لكونه محصنا واذا ترافعوا الينا قضينا بالمهر والنفقة من غير بحث
عن شروطهم والثالث انا نتوقف فان اسلموا بان الصحة فيما يقرر
عليه في الاسلام حتى لو نكح اختين فاجاز في الاسلام احداهما بان صحة نكاحها
وفساد نكاح الاخرى ومال ابن الحداد الى التوقف وهو اقرب اما الافساد
مع ايقاع طلاقهم ومع التحليل والاحصان والتقرير بعد الاسلام فلا وجه له
التفريع ان قضينا بالفساد من الاصل او التوقف فلا مهر للتي اندفع
نكاحها بالاسلام اذ بان الفساد من الاصل وكذلك اذا طلق الكافر زوجته
ثلاثا ثم اسلم لم تفتقر الى المحلل ان قضينا بفساد نكاحه وان صححنا افتقر اليه قال
ابن الحداد لو نكح اختين وطلق كل واحدة ثلاثا ثم اسلموا خيرناه فان اختار واحدة
تعينت للنكاح ونفذ الطلاق الثلث فيها وافتقرت الى المحلل وللاخرى نصف
المهر اذ جرى الاسلام قبل المسيس قال الشيخ ابو علي ان حكمنا بصحة انكحتهم
فلا حاجة الى الاختيار بل نفذ الطلاق فيهما جميعا وتفتقر الى المحلل فيهما وان حكمنا
بالفساد لم ينفذ الطلاق ويختار واحدة ولا مهر للثانية وان توقفنا فهو كما
قاله ابن الحداد الا في المهر لانا على قول التوقف نتبين فساد نكاح المندفعة

بالاسلام فلا مهر لها لانها اندفعت با حسار الثانيه والسادسه لما تعينت للنكاح
بتر نفوذ الطلاق والملك فيها وان قبل فهاحكم صداقهم الفاسد بعد الاسلام
قلنا اذا اصدقها خمرا او خنزيرا وقبضت ثم اسلما فلا مهر لها وان كان الاسلام
قبل المقبوض فان اسلما قبل القبض فلها مهر المثل ولا سبيل الى قبض الخمر وكذلك
في تقابضهم من الخمر وقبضها عند الاتلاف فلا يتعرض لما سبق استيفاه ولا في
الاسلام حكما لاجل اعتقادهم فلو قبض البعض دون البعض رجع الى بعض مهر
المثل ولو اصدقها بلمه من الكلاب وخنزيرين وزق خمر فقبضت الكلاب فالصحيح
ان يقوم الجميع فان كان ما قبضته قدر الثلث رجع الى ثلثي المهر ومنهم من قال
لا قيمه لهذه الاشيا فيوزع على العدد ويرجع الى نصف مهر المثل ومنهم من قال
يوزع على الاجناس ولو نكحت بغير مهر واعتقدوا ان لا مهر للمفوضه فلا
مهر لها بعد الاسلام وان اسلم قبل المسيس لانا لا نتعرض لما سبق وقد سبق استحقاقها
وطي بلا مهر هذا كله اذا اسلموا فان ترافعوا الينا في انكحتهم او في غيرها قبل
الاسلام فيجوز لحاكمنا ان يحكم بينهم بالحق وبستتبعهم وهل يجب عليه
الحكم ان كان احد الخصمين مسلما وجب وان لم يكن فقولان احدهما لا يجب لقوله تعالى
فاحكم بينهم او اعرض عنهم والثاني وهو الاصح انه يجب اذ التزمنا الذب عنهم
ودفع الظلم من جملة الذب والايه لم تنزل في اهل الذمه وكذلك اذا كانا مختلفي
المله وجب الحكم قطعا وقيل بطرد القولين واما المعاهدون فلا يلزمنا الحكم
بينهم وان كانوا مختلفي الملة لانا ما شرطنا الكف عنهم ولم يلتزم لهم شيا اذ
لم يلتزموا لنا شيا ثم اذا اوجبنا الاجابه فمهما استعدى احد الخصمين فحضر
الاخر ولم يرض حكمنا لم يحكم لانا انما نحكم عليهم اذا رضوا بحكمنا فان ابوا
فلا نكلفهم موجب شرعنا ثم مهما طلبوا تقدير [illegible] النفقه واستيفا المهر
في انكحتهم حكمنا بها وان عقد وها بغير ولي ولا شهود وهذا يقوي قول
التصحيح لكن لو كان المفسد قائما لم نحكم كما لو طلبت نفقه في نكاح
المحارم ولو طلبت المجوسيه النفقه فقيل وجهان احدهما لا كالمحرم فانها
محرمه في عينها والثاني نعم لانه لابد للمجوس من الانكحه وهذا يشير الى انها محرمه

على المسلم خاصة ولو طلب بعضهم اختين في نكاح واحد فينبغي ان لا نحكم
لان المانع قائم مقارن وهو مخالفة ظاهر الشرع بل العقد المسامح به ان لا نبحث
عما سبق من شروط انكحتهم واذا لم نحكم في هذه المسايل فهل نفرق بينهم
وجهان احدهما لا تركا للتعرض والثاني نعم لانهم اظهروا ذلك عندنا
فصار كما لو اظهروا خمورهم ارقناها ه الفصل الثاني في ان يسلم
الكافر على عدد من النسوة لا يمكن الجمع بينهن كما لو اسلم على اختين او على
خمس نسوة او على امراة وابنتها او على حرة وامة او على اما كثيرة فهذه
خمس صور الاولى ان يسلم على اختين فيختار احداهما وتندفع الاخرى سواء نكحهما
في عقد واحد او في عقدين فان اسلمت معه واحدة وتخلفت الاخرى اندفعت
المتخلفة الا اذا كان بعد المسيس فانه ينتظر اسلامها قبل مضي عدتها فان اسلمت
اختار احداهما وان اصرت اندفعت المصرة وهذا فيه اذا كانت المتخلفة
وثنية او مجوسية فان كانت كتابية فلا تندفع نكاحها بالاصرار بل لحرى
الاختيار ان اصرت على الكفر الثانية اذا اسلم على اد خمس نسوة فصاعدا ان
اختار اربعا واندفعت الاخرى سواء نكحهن في عقد واحد او في عقود وحكم
انتظار اسلام المتخلفة منهن كانتظار الاخت الثالثة ان يسلم على امراة
وابنتها فان كان قد دخل بهما فهما محرمتان ومحرمتان فلا يقرر عليهما اذ وطي
كل واحدة بالشبهة يحرم الثانية بالمصاهرة وان لم يدخل بهما فقولان احدهما
يتخير بينهما كالاختين والثاني وهو الاصح واختيار المزني ان الام تندفع وتبقى
نكاح البنت لان مجرد نكاح البنت يدفع الام ومجرد نكاح الام لا يدفع البنت
واما الاختيار فلا ترجيح لاحدهما فيبنى هذا الخلاف على القولين في صحة انكحتهم
او فسادها وقول التخيير يستمد من قول الافساد فانه اذا انتفت الصحة لم
يعهد نكاح البنت صحيحا قبل الاسلام حتى يدفع نكاح الام ولكن الخلاف
محتمل دون هذا البنا اذ هو محتمل فيما لو نكح المسلم امراة وامها في عقد واحد
اذ يحتمل ان ينعقد على البنت بهذا الترجيح كما لو جمع بين حرة مسامحة بالمهر
وامة فقد ذكرنا خلافا في انه هل ينعقد نكاح الحرة لترجح جانبها فان
نكاحها يدفع نكاح الامة ونكاح الامة لا يدفع نكاحها ثم قال ابن الحداد

ان قلنا بالتخيير فللمفارقة نصف المهر لانها بانت باختياره قال القفال هذا بالعكس فان التخيير ادل على فساد القول بفساد انكحتهم قبل الاسلام فيتبين باختيارها ان نكاح الاخرى لم ينعقد فلا مهر لها وان عيّنا البنت فلان قد اندفع بالاسلام فلها المهر ويمكن ان يقال انها اندفعت بالمحرمية ولا مهر لمحرم واما المهر على قول صحة انكحتهم للزيادات على العدد الشرعي ومن لا ينصف يضعفه شأن النكاح كالاخت والخامسة اما اذا وطي احدهما نظر فان وطي البنت حرمت الام وصارت محرما ونعت البنت عند الاسلام وان وطي الام صارت البنت محرما واندفعت وهل يتعين نكاح الام اذا اسلمتا ان قلنا بصحة نكاح الكفار فهي ايضا صارت محرما بنكاح البنت فلا تبقى والادام نكاحها المرابعة ان يسلم الحر على اما وان كان عاجزا عند الانتقال والاسلام اختار واحده فلو اسلم على ثلث اما واسلمت معه واحدة وهو معسر ثم اسلمت الثانية وهو موسر ثم اسلمت الثالثة وهو معسر وكان ذلك قبل انقضاء عدتهن اختار واحدة من الاولى والثالثة واندفعت الثانية وهذا على المذهب الصحيح في ان اقتران اليسار باسلام احدهما لا يدفع بخلاف العده المقارنة للنكاح وهذا على مخالفة البلخي الصورة الخامسة ان يسلم على حره واما فان اسلمت معه اندفع نكاح الاما وتعينت الحره وان اسلم معه وتخلفت الحره واصرت او ماتت قبل العده اختار واحدة من الاما ان كان عاجزا عند الاسلام ولا يعتبر عجزه عند الاختيار لانه كالسار لما قرره الاسلام فالنظر الى حالة الاسلام وان اسلمت قبل انقضاء عدتها اندفع نكاح الاما لانه اسلم وتحته حره استقر نكاحها ولا تجتمع الامه مع الحره في النكاح وان كانت كافره ولو اسلم مع الحره ولقد اوماتت وتخلف الاما اندفع نكاحهن ولا ينتظر لانه استقر نكاح الحره باسلامها فلا معنى للانتظار وكل من ينتظر انتظاره فمات ولم يسلم قبل انقضاء العده فهو كما لو اصر وكذلك لو اسلم على واحده ومات قبل اسلام الباقيات فالميراث للمسلمه ولا شي للباقيات لان التخلف الى موته كالتخلف الى انقضاء العده اذ لا انتظار بعد الموت وانتهى النكاح فرع ما ذكرناه من ان الحره اذا تقدمت مع الزوج في الاسلام اندفع نكاح الاما ولا ينتظر ومن ذلك فيه اذا نقص عن الرق فان اعتقن ثم اسلمن قبل انقضاء العده التحقن بالحراير الاصليات حتى لو لم تكن تحته حره واسلم على اما وتخلفن ثم

اعتقن واسلمن احتار اربعا منهن ولو اسلم على اما وخلف واحده منهن واعتقت
واسلمت قبل انقضا العدة تعين للنكاح والمقصود ان طريان الحرية قبل
الاجتماع في الاسلام يلحقها بالحراير الاصليات ولو اسلم على امتين وتخلفت امتان
فعتقت واحده من المتقدمتين ثم اسلمت المتخلفتان ففيه ان يرتفع نكاحهما اذ
تحت زوجهما عتيقه اما المتقدمه الرقيقة فلا ترتفع لان عتق الاخرى كان بعد
اجتماعهما في الاسلام فلا يوثر في دفعها بل يختار احدى المتقدمتين **الفصل الثالث**
في حكم الاما والعبيد وطريان العتق عليهم وله طرفان الاول في العبيد ومهما
اسلم العبد على اما او حراير او اما وحراير اختار اثنتين لان الحره في حقه كالامه
نعم اذا اسلم مع حره فهل لها الخيار لرقه القياس انه لا لانها رضيت برقه اولا
واختيار المزني ثبوت الخيار كما اذا اعتقت تحت عبد وكان حكم حريتها انها
ثبتت بالاسلام فيكون كالحريه الطارية والمقصود طريان العتق عليه وذلك لا يوثر
ان كان بعد الاسلام وان كان بين الاسلامين يوثر حتى لو اسلم وتخلف وعتق ثم اسلم
فيختار من الحراير اربعا ويرجع في الاما الى واحده وان اسلم واسلمت معه حرتان
ثم اعتق فاسلمت الباقيات من الحراير فلا يزيد على اثنتين لانه صادف كمال عدد
العبيد قبل الحريه ولو اسلم مع واحده واعتق واسلم الباقيات اختار اربعا لطريان
العتق قبل كمال عدد العبيد وشبهوا هذا بمسالتين احداهما العبد لو استوفى
طلقتين من زوجته ثم اعتق لم ينكحها ولو استوفى طلقه ثم اعتق نكحها وملك عليها
طلقتين الثانيه الامه لو عتقت في يوم قسمتها استوفت مده الحراير ولو عتقت
متصلا باخر مدتها انصرفت **فرع** لو اسلم على اربع اما فاسلمت معه اثنتان
فعتق ثم اسلمت الاخريان جاز له اختيار اثنتين لانه تم عدد العبيد قبل العتق فلا
يجب عليه الرجوع الى واحده ولكنه هل تتعين الاوليان ام لا قال الامام رحمه الله
لا يتعينان بل هو كما لو اسلم حر على اربع اما فاسلمن على التوالي فطريان الحريه
لا تزيد على الحريه الاصليه وقال الغوراني لا يجوز له اختيار الاخريين لانه اجتمع
في الاسلام وهو حر وكيف يجمع بينهما ويجمع ويختار الاوليين وهل يختار
واحده من الاوليين وواحده من الاخريين فيه وجهان وتوجيه الجواز ان الحريه تمنعه
من الجمع بين الاخريين ولا يمنع من اصل العدد فيختار واحده منهما وواحده من
الاوليين وقال القاضي حسين رحمه الله لو اسلم على امتين فاسلمت معه واحده

اسلم على اما او حراير

اسلمت ... حراير

فيه وجهان

ثم اعتق فاسلمت معه واحده ثم اعتق فاسلمت الثانيه انه لا خيار الا واحده
لانه عتق قبل كمال العدد ولكن قال الشيخ الاولى وهذا الاوجه لان اصلان الطرف
السابق عتقهن وتاثيره في الحاقهن بالحرائر مهما تقدم على الاجتماع في الاسلام
ويظهر اثره في اسباب الخيار لها اذا كانت تحت عبد ويكون خيار العتق على الفور
لكنها لو اسلمت وعتقت فلها ان لا تبادر الفسخ فان الزوج ربما يصر فتستغني عن
هذا الفسخ وكذلك الرجعيه اذا اعتقت لها التاخير الى انقضاء العده فان هذا
عذر في التاخير ولو فسخت قبل اسلام الزوج نفذ ولا فايده له وان اصر الزوج وفايدته
ان اسلم انه يظهر حتى في قصور مده العده اذ لو اخرت واسلم الزوج وفسخت طال عليها
الانتظار ولا نقول فسخها موقوف على اصرار الزوج فلا نقول لان الفسخ جنس واحد فلا
يسع بامكان فسخ اخر بخلاف ما اذا كان تحته حره وامه فاسلمن وتخلفت الحره
فالخيار واحده من الاما ثم ماتت الحره المتخلفه او اصرت فان صحه الاختيار تبتنى
على وقف العقود لانها لو اسلمت لبطل اختياره لاندفاع نكاح الاما وهو اولى
بالصحه من العقود لانه ليس ابتدا عقد نعم لو اسلمت وتخلف الزوج ونكح اختها
ثم اسلم واسلمت تخير بينهما لانه جرى في حاله الشرك ولو اسلم اولا ونكح احت
المتخلفه ثم اسلمت المتخلفه بطل النكاح الذي جرى في الاسلام لانها طارته بعد
الاسلام فلو اصرت المتخلفه ابتنا صحه نكاح الاخرى على القولين في ان لو باع مال ابيه
ولم يدر انه ميت فاذا هو ميت فاما اذا اسلمت الامه وعتقت واجازت قبل اسلام
الزوج بطلت الاجازه وبقي حقها في الفسخ اذ ليس لها المقام تحت كافر ولا حكم
لاجازتها في الحال ولو اعتقت الرجعيه وفسخت نفذ وان اجازت فوجهان
والفرق ان اجازتها تفيد الزوج سلطان الرجعه وهو من مقاصد النكاح ولا يمكن
ان يقال اجازتها تحت الكافر تفيده سلطان الاسلام فان ذلك لا يستفاد من الغير

الفصل الرابع في الاختيار وحكمه والكلام في طرفين احدهما في وجوب

الاختيار فاذا اسلم على ثمان مثلا فعليه تعيين اربع وان امتنع فعليه الاتفاق على الجميع
في مده الحبس وللقاضي ان يحبسه حتى يعين فان اصر عزره وكذلك كلما قدر
على الاختيار اذا اصر ولم ينجع فيه الحبس فينبغي ان يعزر ويمهل الزوج ثلثه
ايام للنظر والتامل ولا يختار القاضي عنه اذا اصر وان قلنا في قول ان القاضي

الزوجه

ثم مرات

صلعلى ونفس العقد والقصر

نسخه الضعيف
والتعزير

بطلق زوجة المولى لان هذا امر منوط بالرؤية فلا تقبل النيابة ولو مات قبل
التعيين فعلى كل واحدة الاعتداد باقصى الاجلين للاحتياط ويوقف لهن من
الميراث الربع الى ان يصطلحن فان كان فيهن طفلة لم يوض ولو لم يطا الا بربع الموقوف
ولو طلق اربع منهن لم يسلم اليهن شيا فلعلهن المفارقات فان جاء خمس سلمنا
اليهن ربع الموقوف لانه المستيقن ولا تردد في التسليم على المستيقن وحكي عن ابن سريج
انه قال يوزع على جميعهن بالتسوية اذ التوقف عند انتظار البيان او عدم اختصاص
التعيين يفرقه اشتبهت علينا كما اذا قال ان كان هذا غرابا فعمرة طالق
وان لم يكن فزينب طالق فان المطلقة في علم الله تعالى واحدة واشتبهت علينا وهاهنا
هن مبهمات قطعا وهذا متجه جدا **فرع** لو اسلم على ثمان كتابيات واسلم
اربع فيختار منهن من الكتابيات او المسلمات فلو مات قبل البيان لا يوقف لهن شي
من الميراث اذ كان يحتمل اختيار الكتابيات فلا يرث الجميع فلم يحصل حق الزوجة
بيقين ولو نكح مسلمة وكتابية وقال احداكما طالق ومات قبل البيان لا يوقف ايضا
شيا للشك في اصل الحق **الطرف الثاني** في الفاظ الاختيار وفيه
مسايل الاولى اذا قال اخترت هذه الاربع للزوجية تعينت الباقيات للفسخ ولو قال
اخترت هذه للفسخ او هذه للفسخ دون لفظ الاختيار نفذ ولو كن ثمانيا فطلق
اربعا منهن فهو تعيين للنكاح ونفذ الطلاق واندفعت الاخريات بالفسخ وليس
لفظ الايلا والظهار كلفظ الطلاق فان ذلك مما خاطب به الاجنبيات والازواج
جميعا ولو قال فسخت نكاح هذه الاربع وفسر بالتعيين للفراق نفذ ولو فسر
بالطلاق قبل وهو مطلقة حمل على التعيين للفراق **الثانية** لو قال من دخلت
الدار فقد اخترتها للنكاح لم يصح لان الاختيار لا يقبل التعليق ولو قال هي طالق
نفذ الطلاق وحصل الاختيار ضمنا ولو قال فهي مفسوخة النكاح واراد الفراق التعيين
لم ينفذ وان فسر بالطلاق نفذ الطلاق وحصل الاختيار ضمنا **الثالثة** لو وطي
واحدة هل يكون تعيينا للنكاح فيه خلاف كما لو قال احديكما طالق ثم وطي
احديهما **الرابعة** اذا اسلم اربع وتخلف اربع فاختار المسلمات بعد واندفع
المتخلفات وان فسخ نكاح المسلمات والمتخلفات وثنيات لم ينفذ لان من
ضرورته تقرير نكاح الوثنيات وربما اضر فسعد ذلك وفائدته انهن

اذا اسلم استانف اختيارا من شا منهن وفيه وجه انه يبنى على الوقف فان اصر رد
بين بطلان فسخه وان اسلم نفذ وليس هذا كما لو باع خمرا فانه لا يصير موقوفا
على ان يصير خلا لان الخمر لا يقبل العقد ومهما اسلم الوثنيات كان العقد مستندا
الى ما سبق وان اختار المتخلفات للفسخ بعد قطعا لان التقرير بلا بهم المسلمات وان
اختار المتخلفات للنكاح لم يبعد الاعلى وجه الوقف وهو بعيد نعم لو طلقهن
ثم اسلمن فهل يتبين نفوذ الطلاق فيه خلاف ظاهر لان الطلاق يقبل التعليق ولا
يبعد فيه الوقف ايضا **الخامسة** لو قال حضرت الحماران في بنت
مع وبعض الباقيات للفسخ الى ان يتم الاختيار **السادسة** لو اسلم الثماني على
ترادف وكان يخاطب كل مسلمة بالفسخ تعين للفراق الاربع الاخيرة فان
المسلمات السابقات لم يكن فيهن التقرير وعلى الوجه البعيد يتعين للفراق الاربع
الاول بطريق الوقف **الفصل الخامس في النفقة والمهر** فنقول
ان اسلم الزوج اولا وتخلفت واصرت فلا نفقة لها في مدة العدة لانها بائنة وقد
اساءت بالتخلف ولو اسلمت قبل العدة فالجديد انها لا تستحق النفقة لمدة التخلف
لانها ناشزة بالتخلف وفي القديم تستحق لانها ما احدثت شيا انما الزوج احدث تبديل الدين
وهذا ضعيف اذ لو ابتدا الزوج سفرا فتخلفت سقطت نفقتها اذ يجب عليها الموافقة
فكذلك في الاسلام ولكن هذه مواخذة بحكم الاسلام فمحذور ان لا تواخذ به واما
اذا سبقت المراة ثم اسلم قبل العدة فالمذهب انها تستحق النفقة لانها احسنت
بالاسلام وفيه وجه بعيد انها لا تستحق لانها احدثت شيا مانعا من الاستمتاع
ولو اصر الزوج فوجهان والقياس انها لا تستحق لانها بائنة قال القاضي ياخذ التردد
انها هل هي كالرجعية اذ الزوج قادر على تقرير النكاح عليها وهذا بعيد
لانا نتبين بينونتها ولذلك لو طلقها واصر لم يبعد طلاقه بخلاف الرجعية ثم ان
صح هذا القياس فلو سوى الرجل وخلف المراة فلم يبق للزوج عليها قدرة فينبغي
ان تلحق بالبائنة قطعا **فرعان** في الاختلاف احدهما انا اذا قضينا
بانها لا تستحق النفقة في مدة التخلف فلو تنازعا فقال تخلفت عني عشرين يوما
وقالت بل عشرة فالقول قوله اذ ثبت النشوز فعليها اثبات الزوال ولو تنازعا في السبق
فقال سبقت وسقط حقك مدة التخلف فقالت بل سبقتنا فالقول قولها لان
النفقة ثابتة فعليه اثبات المسقط الا اذا اتفقا على ان اسلامه كان اول

ای ببراجعتها

يوم الاسر فقال الرجل اسلمت بعدي وقالت بل قبلك فالقول قوله لان الاصل
استمرارها على الكفرة الثاني لو قالت اسلمت اولا فلي المسيس فلي
نصف المهر فقال بل اسلمت انت اولا فلا مهر لك فالقول قولها لان الاصل ثبوت
المهر فلو تنازعا في بقا النكاح فقال اسلمنا معا والنكاح باق وقالت بل على
التعاقب فالاصل بقا النكاح ولكن التوافق في الاسلام نادر فيبنى على ان
المدعى عليه من الظاهر معه وهي المراه ها هنا او من يخلي وسكوته وهو
الرجل وفيه قولان القسم الرابع من الكتاب في موجبات
الخيار واسباب الخيار اربعه العيب والغرور والعنه والعتق
السبب الاول العيوب والنظر في الموجب والموجب النظر الاول
في الموجب والعيوب المتفق على ثبوت الخيار بها خمسة اثنان تختص بهما
الزوج وهما الجب والعنه واثنان تختص بهما المراه وهما الرتق والقرن
وثلثه مشتركه وهي البرص المستحكم الذي لا يقبل العلاج دون اوايل الوضح
والجذام المستحكم الذي يسود العضو واخذ في التقطيع والجنون وله
نعني الجنون الذي لا يقبل العلاج والجب الذي لا يثبت الخيار هو الاستيصال
بحيث لا يكون الباقي اقل من الحشفه ولا يثبت الخيار بقطع البعض واختلفوا في
ثلثه امور احدها البخر والصنان والعذيوط التي لا يقبل العلاج هل ترد
بالعيب فالمشهور انه لا يرد ولا يزاد على الخمس وعن هذا الشرح خنثى انه اثبت
الخيار بهذه الثلاثه وزاد القاضي حسين على هذا وقال لا يتوقف ولا يحصر
والمتبع كل عيب يكسر شهوة التواق فيتعذر الاستمتاع به اذ لو اعتبر
امتناع الاستمتاع لاقتصر على الرتق والقرن وقال قد يجمع عيوب احادها
لا يثبت ولكن مجموعها ينفر فيثبت الخيار به ولعل ذلك يجري في كل ما يؤثر
في التنفير كاثر الجذام والبرص الثاني لو كان احد الزوجين خنثى ففي ثبوت
الخيار اربعة اوجه احدها نعم لانه عيب منفر فاحش والثاني لا اذ ليس فيه
الا زياده نقبه في الرجل وزياده سلعه في المراه ه والثالث انه ان انكشف الحال

لذي يحدث عند الجماع في السبع الحيم

في العالم ان تنقيتشهوه

ساد سه
41

بعلامة محشوشة تورث اليقين ولا ترد وان كان بعلامة مظنونة ترد لما فيه من الخطر والرابع انه لا يرد بعلامة ما يثبت بالاقرار ٥ الـثالث ان العيب المثبت للخيار انما يثبت من الجانبين لو كان مقارنا للعقد فلو طرى قبل المسيس ثبت الخيار لها وان كان بعده فوجهان الا في العنة فانها ان طرت بعد الوطي لم يثبت الخيار لان الياس لا يحصل وهل يثبت الخيار له اذا طرى العيب عليها فيه قولان احدهما وهو اختيار المزني انه يثبت اذ لا تفارقهما الا في التمكن من الطلاق وهو جار في المقارن ايضا ثم استويا والثاني لا يثبت لان العقد سلم اولا وهو قادر على الطلاق والمراة مضطرة لاجل التحصين واما اوليا المراة لا يثبت لهم الخيار بالعيوب الطاربة وهل يثبت بالمقارن نظر ان كان فيه عار ثبت كالجنون وان كان فيه لا يفض عن عار الحرفة الدنية والفسق وان لم يكن عار لا يثبت كالجب والعنة وهل يثبت بالبرص والجذام فيه وجهان ومنهم من اثبت بالجمع وقال في الجمع عار عليهم النظر الثاني في حكم الخيار وهو على الفور ثم ان فسخ قبل المسيس سقط المهر وكذلك ان فسخ الزوج بعيبها خلاف ما اذا ارتد فانه يتشطر المهر لان الفسخ وان كان من جهته فسببه عيب من جهتها فحال عليها وان فسخ بعد المسيس فعليها العدة ٥ والنظر في المهر والرجوع به والنفقة في العدة اما المهر فساقط والرجوع الى مهر المثل لان مقتضا الفسخ تراد العوضين لكن بعد السابق في الزده بعد المسيس ان المسمى يتعذر لان الفسخ لا يستند الى اول العقد فلا يدفع المهر المسمى عند العقد وقيل قولان في المسالتين بالنقل والتخريج احدهما انه يسقط المسمى فيهما لانه مقتضى الفسخ والثاني يتقرر لانه اذا لم يكن بد من مهر فالمسمى اولى فان فرعنا على النص واسقطنا المسمى فكان العيب طاريا ففيه ثلثة اوجه احدها السقوط كالمقارن والثاني التقرير لان الخلل لم يستند الى اول العقد والثالث انه يسقط الا اذا طرى بعد المسيس لان الوطي اذا جرى على السلامه فينبغي ان يتقرر المهر اما الرجوع بالمهر على الولي فقديم ثابت قطعا ان كان العيب طاريا وان كان مقارنا فقولان اقيسهما انه لا رجوع

اذ هو كوكيل عاقد سكت عن ذكر العيب اذ ليس فيه نفع العاقد له والثاني
وهو مذهب عمر رضي الله عنه انه يرجع لانه كالغار ثم اختلفوا انه هل يشترط
ان يكون الولي محرما حتى يكون خبيرا بالبواطن فلا يعذر في الاخفا وهل يشترط علمه
حالة العقد لثبوت تقصيره فمنهم من شرط ذلك ومنهم من راه مقصرا بكل
حال فاذا جعلناه معذورا وكانت هي الغارة ففايدته سقوط المهر اذ كيف
يغرم لها ثم يرجع عليها ولكن قيل لابد ان يسلم اليها اقل ما يتمول تعبدا او قبل اذ
ذلك القدر انما هي الغارة فيسقط اذ لا معنى للتسليم اليها ثم الاسترداد منها
اما النفقة والسكنى فلا يثبت لها ان كانت حايلا وسقوط السكنى كسقوط
المهر وان كانت حاملا فلها النفقة على قولنا ان النفقة للحمل فان لوازم النكاح
ساقطة عند الفسخ ○ السبب الثاني للخيار الغرور وفيه نظران
الاول في حكم الغرور وصورته فيقول اذا قال العاقد زوجتك هذه المسلمة
فاذا هي كتابية او هذه القرشية فاذا هي نبطية او هذه الحرة فاذا هي امة
وما جرى مجراه مما يقصد في النكاح ففي انعقاد العقد قولان كالقولين فيما اذا قال
بعتك هذه الرمكة فاذا هي بغلة الاصح هاهنا الصحة لان هذا تفاوت في الصفة بعد
تعين المقصود وذلك تفاوت في الجنس فان قلنا يصح فهل يثبت خيار الخلف
كما في البيع فيه قولان احدهما القياس على البيع والثاني الفرق لافتراقهما في خيار الرؤية
والشرط وغيره وكذلك اذا عرف المراة بنسبها او حريتها جرى الخلاف
في انعقاد العقد ثم في ثبوت خيار الخلف لكن ان قلنا لا يثبت خيار الخلف فلها
الخيار بسبب فوت النسب اذ لم يكن الزوج كفوها وكذلك للاولياء
الخيار ان رضيت بمن هو دونها وكان للشرط مدخلا ايضا في الثبات لانه لو
زوجها الولي برضاها من مجهول فاذا هو غير كفو فلا خيار لان هذا ليس بعيب
وانما هو فوات فضيلة ولم يجر شرط والولي هو المقصر اذ لم يقدم البحث
فلانه اذا جرى شرط اثر في نفي التقصير من جهة الولي والتحق عدم الكفاءة
بالعيب في اثبات الخيار لها وللولي ولو نكح مجهولة ظنها مسلمة فاذا هي كتابية
قال الشافعي له الخيار ولو ظنها حرة فاذا هي رقيقة قال لا خيار له فقيل قولان بالنقل
والتخريج ماخذهما ان الكفر والرق هل يلحقان بالعيوب الخمسة منهم من فرق وقال

الغارة

اي فضيلة

الكفر منفر فهو عيب وان لم يجر شرط والرق غير منفر وهذا تقرير للنص
ومنهم من قرر النص ولكن قال ماخذه ان الكتابية تتميز عن المسلمة اذ ولّتها كافر
فلا تشتبه الا بتلبيس فماخذه الغرور وكانه حصل الغرور بمجرد الفعل من غير قول
وانا اقول ان امكن ان يجعل هذا تغريرا مثبتا للخيار فلو نحيط وظن بكارتها فاذا هي
ثيب لم يبعد اثبات الخيار لان التغرير ههنا اعظم وكثيرا ما يقع هذا في الفتاوي
اما اذا شرط بكارتها في العقد فيجري قولا الانعقاد وقولا خيار الخلف وكل تغرير
سابق على العقد فلا يؤثر في صحة العقد ويؤثر في اثبات الرجوع بالمهر لان قول الرجوع
بالمهر على الغار قوي ههنا خلاف مذهب عمر رضي الله عنه في الرجوع بسبب عدم
ذكر العيوب **النظر الثاني في حكم الولد** اذا جرى التغرير بالرق وله
احكام الاول انه اذا غر بحرية امة فاحبلها انعقد الولد على الحرية لظنه الحرية
سواء كان الزوج حرا او عبدا لان العبد يساوي الحر في الظن وقال ابو حنيفة ولد
العبد رقيق فاذن الحكم الثاني انه تجب قيمة الولد على الزوج لسيد الامة لان الرق
في الام يوجب رق الولد واندفاعه بظنه فهو المتسبب في عتقه وانما تجب قيمة
الولد اذا انفصل حيا باعتبار يوم الانفصال ولو انفصل ميتا لا بجناية جان فلا شيء
عليه لانه لا يمكن اعتبار قيمته قبل الانفصال وهو في الحال لا قيمة له **الثالث** انه اذا
غرم رجع به على الغار قولا واحدا فقضى بالرجوع بقيمة الولد عمر رضي الله عنه ووافقه
العلماء واما المهر ففي الرجوع به قولان لان البضع فات بالمباشرة فلا يبعد ان يغرم
على سبب الغرور واما رق الولد فات بظنه وهو سبب انشاه قول الغار
وكان السبب الاول اولى بالاعتبار **الرابع** انه لا يرجع ما لم يغرم كالضامن
لا يرجع على المضمون عنه ما لم يغرم وكذلك الدية المضروبة على العاقلة بشهادة
الشهود اذا رجعوا بعد غرمها يرجعون على الشهود **الخامس** في محل
الغرم ومتعلقه وهو الذمة ان كان الزوج حرا وان كان عبدا ففيه اقوال
احدها انه يتعلق بكسبه لانه من لوازم النكاح كالنفقة والمهر والثاني برقبته
لان النكاح لا يقتضي قيمة الولد وهو نتيجة اتلافه والثالث يتعلق بذمته فانه
ليس جانيا ولا وجوبه مقتضى النكاح بل هو مقتضى ظنه فصار كما لو لزمه بضمانه

وعلى هذا يرجع على الغار بعد العتق لانه يغرم بعد العتق وعلى القولين الاخرين يرجع
السيد مهما غرم من كسبه او رقبته فاما المهر فيتعلق بكسبه مهما جرى الفسخ
بخيار المغرور ان اوجبنا المسمى وان رجعنا الى مهر المثل ففيه الاقوال الثلاثة المذكورة
فيما اذا اذن له في نكاح فنكح نكاحا فاسدا فوطى وتعلق مهر المثل ها هنا بكسبه
اظهر لانه وجب بحكم النكاح الصحيح السادس في المرجوع عليه وهو وكيل
السيد اذا زوج لانه لا يتصور التغرير من السيد لانه لو قال زوجتك هذه الحرة
عتقت اما اذا كانت الامة هي الغارة بنفسها تعلقت العهدة بذمتها لا بكسبها ولا
برقبتها لانها ليست مأذونة وجنايتها بالقطب بلفظ فلزمها عهدته وان كانت
مكاتبة فارقت الامة في شيئين احدهما انه لا مهر لها لانها مستحقة المهر فكيف يغرم
لها ويرجع عليها ثم تعطي قدر ما يتمول على وجه كما سبق والثاني انا ان قلنا ولد
المكاتبة قن فتجب قيمته كما في الامة وان قلنا مكاتب فهي مستحقة القيمة فلا
يغرم لها اذ عليها الرجوع فانها الغارة وان كان الغرور من الامة ومن وكيل
السيد جميعا فوجهان احدهما انه يرجع على ايهما شا اذ كل واحد منهما باشر
شيئا كاملا في الغرور لو انفرد به لاستقل والثاني انه يرجع على كل واحد بالنصف
لاشتراكهما في السبب **فرع** اذا انفصل الولد ميتا بجناية جان فعلى
الجاني غرة عبد او امة يصرف الى ابي الجنين وجدته بطريق الارث ولا يمكن
لجنين وارث مع وجود الاب الا الجدة وما الذي يغرم للسيد فيه وجهان احدهما
وهو اختيار القاضي انه يغرم للسيد عشر قيمة الام فان هذا القدر هو الذي فات
عليه بطنه والثاني انه يغرم اقل الامرين من قيمة الغرة التي سلمت له او عشر
قيمة الام فانه ان كان قيمة الغرة اقل فكيف يضمن زيادة والولد الميت لا ضمان له
وانما يلزم الضمان بسبب حصول هذا القدر بسبب الجناية ولو زادت الغرة فرضا
فالزيادة للمغرور فانها زادت بسبب حرية الولد التفريع ان اوجبنا العشر
فهو واجب من غير تفصيل وان اوجبنا الاقل فلينظر الى قدر ما يسلم له فان كان معه
جدة لم يجب عليه الا خمسة اسداس الغرة ولا يغرم ايضا ما لم يسلم اليه هذا اذا كان
الجاني اجنبيا ووراءه احوال وهو ان يكون الجاني هو السيد او المغرور او عبد
المغرور فان كان هو السيد غرم عاقلته لورثته الغرة الجنين الغرة وغرم المغرور
له العشر او اقل الامرين على ما سبق ويحتمل ان يقال لا يغرم المغرور شيئا اذ كان

بطنه

سستغرمه انه فات بطنه والان قد فات حنانه السيد ولكن يمكن ان يقال لما
غرم العاقله انجبا اثر جنايته وقد انفصل مضمونا فلا يهدر في حقه وان كان المغرور
الجاني هو المغرور وحسنا الديه على عاقلته لتعمه الورثه دونه فانه جنى نفسه عن الارث
جنايته ووجب عليه الغرم للسيد ان اوجبنا العشر فان لاحظنا الغره فكيف
نلزمه شيئا ولم يسلم له الغره قال الاصحاب الوجه ان يقال قدر العشر من الغره للسيد والباقي
للورثه فان يغرمه من غير تسليم شي اليه على المذهب الذي يلاحظ الغره بعيد وعندي
ان ذلك غير بعيد لان ما صرف عن نفسه لجنايته كانه استوفاه وهو كما لو احد
الغره وان لها وان كان الجاني عبد المغرور يتعلق حصه بقيه الورثه برقبته واما حصته
فالممكن ان يتعلق برقبه عبده فكانه استوفاه ولا يجعل ذلك كالساقط بحرمانه
عن الميراث لا رجعه كالكتابه هاهنا تقريرا السبب الثالث الخيار
العتق وفيه مسايل الاولى انها ان عتقت تحت حر فلا خيار لها وان اعتقت تحت عبد
فلها الخيار لما روي ان بريره عتقت تحت عبد فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما
ثبت لها الخيار اذا عتق جميعها فلو عتق بعضها لم يتخير ولو عتقت بكمالها تحت من
نصفه حر ونصفه رقيق لم يثبت لحصول الضرار ولا خيار بسبب طريان الاستبداد
والكتابه قبل حصول العتق الثانيه لو عتقت ثم عتق الزوج قبل علمها ففي
ثبوت الخيار وجهان كالوجهين فيما اذا علم بالعيب بعد زواله الثالثه اذا طلقها
الزوج قبل الفسخ طلاقا رجعيا فلها الفسخ فان فسخت قطعت تستانف عده اخرى فيه
خلاف وان اجازت لم يصح اجازتها لانها لا تعتد جلا وهي صايره الى البينونه ولا تخرج على
وقف العقود بل هو كما لو باع خمرا فصار خلا وفيه وجه بعيد انه يخرج على الوقف
وان كان الطلاق بائنا فلا معنى لاجازتها ولا لفسخها ونقل المزني انه بعد فسخها يتبين
بطلان الطلاق وكان حقها كان قويا في الفسخ فليس للزوج ابطاله بالطلاق وهذا ضعيف
الرابعه اذا عتق الزوج وتحته امه فلا خيار له لان الخبر ورد فيها وليس
المره كالرجل في هذا المعنى وذكر العراقيون وجها انه يثبت له الخيار قياسا لانا
الحقنا الزوج بالعيوب حتى ثبت لها الخيار وقد سوينا الزوجين في العيوب
الخامسه ان هذا الخيار على الفور ام لا فيه ثلثه اقوال احدها انه على الفور
كخيار العيب في المبيع والثاني على التراخي حتى لا يسقط الا بالاسقاط او بتمكين من

الوطي مع جريان الوطي لان السع لا نقصد منه الا المالية ويدرك على الفور فوائد بالعيب ومقاصد النكاح كثيرة تفتقر الى التروي بل لا يمكن ادامته مع جريان الوطي على التابيد فيسقط بالاسقاط او الوطي والثالث انه يتمادى بليه ايام ويكفي ذلك مهله للتروي والظاهر ان خيار العيب في النكاح على الفور وقد حكي وجه في طرد الاقوال فيه وهو غريب اذ الفرق عسير وعاسه ان الامة لم تطلع من حال الزوج على امر حتى تدرك على الفور مصلحته فتفتقر الى التروي بخلاف ما اذا اطلع على عيب لم يعرفه التفريع لو وطيها الزوج المعيب فادعت الجهل نقل المزني قولين فمنهم من قال اراد ما اذا ادعت الجهل بعيبه اما اذا ادعت الجهل بثبوت الخيار نقبل ومنهم من قال اراد اذا ادعت الجهل بثبوت الخيار سرعا فهالا تعذر على قول كما لو ادعى المشتري الجهل بخيار العيب ونقدر على قول اذا كان ذلك شايع وهذا اقرب اما اذا ادعت الجهل بعيبه فيقبل لانه لا تقصر منها اصلا واما اذا ادعت الجهل بعتقها فيقبل بان الخيار على الفور فلا تعذر ولو ادعت الجهل بخيار البرص والعيوب فيعني ان يخرج على القولين لانه في مظنة الالتباس السادسه اذا اعتقت قبل المسيس وفسخت سقط كمال المهر لان الفسخ حصل بسببها ولم يستند الى عيب في الزوج وان فسخت بعد المسيس قطعوا بان المسمى لا يسقط ولم يطردوا القول المخرج ووجهه ان المهر ها هنا للسيد وقد استقر بالوطي فلا يظهر اثر فسخها في استرداد المهر منه وقد احسن الطلاق اذ عتقها السبب الرابع العنه والنظر في اربعة امور الاول السبب وهو امتناع الوقاع وحصول الياس منه بجب او عنه ومعنى العنه سقوط القوة الناشرة للاله ولو حصل ذلك لمرض مزمن يدوم ثبت الخيار به ايضا اذ العنه مرض في عضو مخصوص وهذا في جميع البدن والخصي هل يلحق بالمجبوب فيه قولان ولعل ماخذه انه يفوت به الولد دون المباشرة والعنه الطاريه بعد الوطي لا يوثر قولا واحدا ولو عن عن امراه دون اخرى ثبت الخيار ولو عن عن الماتا وقدر على غير الماتا ثبت الخيار ولو امتنع مع القدره فلا يثبت الخيار ولكن هل يثبت للمراه المطالبه بوطيه واحده فيه وجهان احدهما لا يثبت لان داعية كافية في الاستحثاث والثاني يثبت لعلس احدها لا يستحق حصول اصل التحصن والثانيه تقرير المهر واما لا يثبت المطالبه بكل حال لانه قد يتحرج الوقاء المطالبه لو سلطت عليه فالمراه لا تحرج التنفيس فان علمنا بتقرير المهر لم يثبت المطالبه بعد الابرا ويثبت لسيد الامه المطالبه

بلغ مقابله

بلغ مقابله

بعد الجبوا دون الامة لان المهر له ومهما غيبت مقدار الحشفه سقطت المطالبه فانه
وطي كامل في التحليل والاحصان والعده والفسل والحد وغيرها النظر الثاني
في المده فاذا ثبت عننه اما باقراره او بينتها بعد نكوله ضربت المده سنه حتى
تتكرر عليه الفصول فربما تنبعث الطبع فلو قال ما رأيت نفسي فالعنين فلا
تضربوا المده ولا نبالي بقوله بل لا بد من المده ولا يتصور ان يثبت العنه بشهاده لانه
لا يطلع عليها نعم القول قوله اذا انكر العنه فان نكل حلفت لانها بقراين الاحوال
بعد طول الممارسه تعلم وقال ابو اسحق لا تحلف لانها لا تعلم كما لا يشهد الشاهد وهو
بعيد نعم اذا تنازعا في نيه الطلاق قضى الشافعي برد اليمين عليها مع ان النيه غيب
هذا اولى واذا حلف الرجل على انه ليس بعنين تركناه ولم نطالبه باقامه البرهان
بالاقدام على الوطي الا اذا اقبلنا لها المطالبه بوطيه واحده فبذلك يثبت ايضا في حق غير
العنين والعنه بعد الوطي لا توجب الخيار لانه اذا اقدر مرة فربما تعود القدره ثم اذا
اقر او حلفت لم تضرب المده الا بالتماسها فان سكتت لم تضرب وتستوي مده
العبد والحر لان هذا امر يتعلق بالطبع فان مضت المده ولم يجر وطي بالاتفاق رفع
الامر الى القاضي فان له نظرا في دعواه الاصابه فاذا قضى عليه بالعنه فسخت كما في
الجب وساير العيوب وفيه وجه ان القاضي هو الذي يتعاطى الفسخ لان ظهور
ذلك محل الاجتهاد والاختلاف وان القاضي لا يطلع عليه كما يفعل في المولي على قول
لان الايلا كان طلاقا في الجاهليه فجعل موجبا للطلاق واما هذا فسخ كساير العيوب
فرع اما تحتسب المده اذا لم يعتزل عنه فان اعتزلت لم تحتسب ولو اعتزل
الزوج قصدا احتسبت لانه لا يعجز عن المدافعه بذلك ولو سافر فوجهان الظاهر
انها تحتسب النظر الثالث في اسقاط الخيار وهذا الفسخ في الاحكام
كالفسخ بالعيب في انه على الفور وانها ان رضيت فلا اعتراض للولي ولو رضيت فلا
تعود الى الطلب بخلاف رضاها بالزوج المولي فان القدره حاصله فالتوقع ثم دايم
واما ها هنا حصل الياس وان رضيت في اثنا المده لم يسقط وان رضيت فيها بعد حق سقط
حقها قولان احدهما لا لانه لم يثبت الفسخ والرضا في مقابلته ولا يسقط قبله والثاني نعم
لانها تدعي المعرفه بالعنه ولو رضيت بعد المده فطلقها زوجها ثم راجعها وكانت
العده وجب باستحلال ما انه لم يثبت لها المطالبه ثانيا وان ابانها ثم جدد نكاحها

تنبيه فرع سقوط العنين

تتمة

ان ذكرنا ولو جرت هذه العنه ...

فقولان احدهما لا تعود لانها رضيت مرة والثاني نعم لانها ربما توقعت عود
قوته ولذلك لو وطيها في النكاح الاول وعن عنها في النكاح الثاني ثبت لها المطالبة
ولو عن في ذلك النكاح بعد الوطي لم تطالب ۵ المنظر الرابع في النزاع | في النزاع في الاصابة
في الاصابة ومهما تنازعا فالقول قول من ينكر الاصابة الا في ثلثة مواضع احدها
اذا تنازعا في مدة العنة والايلاء فالقول قوله وان كان الاصل عدم الاصابة لانه يعسر
عليه اقامة البينة فان اقامت البينة على بكارتها رجعنا الى تصديقها وحلفناها
لاحتمال رجوع البكارة الثاني اذا اطلق طلقتي بعد المسيس ولي كمال المهر وانكر
فالقول قوله الا اذا اتت بولد لزمان يحتمل ان يكون العلوق في النكاح فاثبت النسب
في الاحتمال وتقوى به جانب المراة فجعل القول قولها فان لاعن عن الولد ا سقط الظاهر
في جانبه فرجع الى القياس وتصدقه بيمينه ۵ الثالث اذا تنازعا في الوطي مع
التوافق على جريان الخلوة قال بعض الاصحاب الخلوة تصدق من يدعي الوطي والاصح ان ذلك | المنازعة في الوطي بعد الخلوة
لا يؤثر في تغيير قانون التصديق ۵ القسم الخامس من الكتاب
في فصول متفرقة شذت عن الضوابط وهي ستة فصول الفصل الاول فيما يستباح
من الاستمتاع بالنكاح فنقول يحل للرجل جميع فنون الاستمتاع ولا يستثنى عنه
الا كراهية في النظر الى الفرج وتحريما موكدا في الاتيان في الدبر ونهيا عن العزل
على وجه والصحيح ان العزل جائز مطلقا ومنهم من منع مطلقا وقال هو الوأد
الاصغر ومنهم من اباحه في المنكوحة الرقيقة دون الحرة خوفا من ارقاق الولد
ومنهم من جوز برضا المراة كانه يحذر من تضررها وكل ذلك ضعيف بل القياس
ان الامتناع عن ارسال الماء في الرحم كالامتناع عن اصل الانزال وحقق هذه المسالة
ذكرناها على الاستقصاء في كتاب النكاح من كتب احياء علوم الدين في ربع | المستورين
العادات فليطلب منه ولا خلاف في جواز العزل عن السرية حفظا للملك
واختلفوا في ان ... كالسرية ... المنكوحة واما الاتيان في الدبر
فحرام في المملوك والمملوكة وما يحكى عن بعض الائمة من تجويزه في المنكوحة فهو
اختراع بل النص في النهي عن اتيان النسا في المحيض وتعليله بانه اذا منبه على
تحريمه بطريق الاولى فان الاذى في ذلك الموضع دائم ثم انه في الاحكام على الله في معنا | مالك ... مقبه
الوطي في افساد العبادات ووجوب الغسل من الجانبين ووجوب الكفارة ووجوب

مهر المثل في النكاح الفاسد و بالشبهة و وجوب العدة وحرمة المصاهرة واتفقوا
على انه لا يتعلق به التحليل والاحصان احتياطا للتحليل ولسقوط الحد وتردد وا في اربعة
امور احدها النسب والظاهر انه يثبت لان الماء قد يسبق وتتجه هذا عند من يسد النسب
في الشرع بمجرد الوطي مع العزل الثاني تقرير المهر المسمى في النكاح والظاهر انه
يتعلق به والماذكر العراقيون فيه ترددا مع قطعهم بوجوب مهر المثل في النكاح
الفاسد الثالث الجلد والرجم ثم اذا اوجبنا به الحد لم نوجبه في المملوكة والمنكوحة
بل ذلك كانيانها في الحيض ونوجب في المملوك لان الملك ها هنا لا ينهض شبهة خلاف
وطي الاخت المملوكة فان الصحيح ثم سقوط الحد لقيام المبيح ٥ الرابع في الاستنطاق
في النكاح والظاهر انه لا يستنطق وفيه وجه انها كالثيب الفصل الثاني
في وطي الابن جارية الاب وهو حرام ولكن له في مال ابنه شبهة الاعفاف فلمثل هذه الشبهة
يسقط عنه حد السرقة فتؤثر هذه الشبهة في درء الحد عنه ويحرم على الابن وطي جارية
الاب قطعا ولا يثبت حكمها خلاف الاب في وجوب المهر عليه وفي تحريم الجارية على
الابن ابدا بحكم المصاهرة وفي ثبوت النسب وانعقاد الولد على الحرية وهل تصير مستولدة
له اذا احبلها فيه قولان المنصوص وهو قول ابي حنيفة انها تصير مستولدة اذ لا وجه
للحكم بحرية الولد الا نقل الملك اليه رعاية لحرمة الابوة والثاني وهو مذهب
المزني انه لا يثبت لانه لا يثبت لنقل الملك اليه وليس من ضرورة حرية الولد نقل الملك
وحكى عن صاحب التقريب قولا ثالثا في الفرق بين المعسر والموسر كما في سراية العتق
فان قلنا لا تحصل فلا يجوز بيع الجارية وهي حامل بولد حر وهل تجب قيمة الجارية على
الاب لهذه الحيلولة الى وقت الولادة فيه وجهان والظاهر انه لا تجب لان يده مستمرة
واستيلاده جايز وانما هذا تاخير بيع اما قيمة الولد فتجب على هذا القول باعتبار يوم
الانفصال ان انفصل حيا وان قلنا يثبت الاستيلاد ففي وجوب قيمة الولد وجهان يبتنيان
على ان الملك يقدر انتقاله بعد العلوق او مع العلوق فمنهم من قال بعد العلوق فتجب
القيمة لان المعلول يتاخر عن العلة والصحيح انه لا قيمة والملك يحصل مع العلوق والمعلول
مع العلة وان كان بينهما ترتيب فهو عقلي لا زماني نعم اذا قارنه فقد صادف العلوق
ملك الاب فلا تجب القيمة وقد قيل يقع قبل العلوق وهو ضعيف يضاهي قول ابي حنيفة رحمه الله
انه يقع قبل الوطي حتى يسقط المهر ايضا ونقديم المعلول على العلة من غير ضرورة ممتنع

ممتنع

في الاحكام ومستحيل على الاطلاق في العقليات هذا كله اذا لم يكن الجاريه موطوه
الابن فان كانت موطوته فقد حرمت على الاب على التابيد فان اثبتنا الاستيلاد لم ينحج
للاب غشيانها لان التحريم المويد لا يرتفع بالطواري الفصل الثالث
في اعفاف الاب وفي وجوبه قولان احدهما وهو المذهب المشهور انه يجب لان تعريضه
للزنا مع القدره على تحصينه عن الحد في الدنيا والعذاب في الاخره لا يليق بحرمه الابوه
والثاني وهو مذهب ابي حنيفه والمزني وهو القياس انه لا يجب كما لا يجب اعفاف الابن
وكما لا يجب اعفاف المحتاجين من بيت المال فان قلنا يجب فانما يجب اعفاف الاب
المحتاج الى النكاح الفاقد للمهر فهذه ثلثه قيود الاول الاب ويدخل تحته الجدوان
علا من جهه الاب ومن جهه الام وهو كل من يستحق النفقه فلو اجتمع اثنان منهم في
درجه واستوى الحال توزع النفقه اذا لم يقدر الابن الا على نفقه احدهما كما
سنذكره في النفقات فها هنا لا يمكن التوزيع ففيه وجهان احدهما انه يقرع
بينهما والثاني ان القاضي يجتهد ويقدم من يرى في مخايله انه احوج الى النكاح
واما قولنا محتاج الى النكاح اردنا به الشهوه فاذا ادعا الشهوه وجب قبوله
من غير تحليف فان ذلك لا يليق بالاحترام نعم هو بينه وبين الله تعالى لا يحل له اقتراح
ذلك الا اذا صدقت شهوته بحيث يخشى عليه مضارتها ويحتمل ان يعتبر مع
ذلك خوف العنت كما في نكاح الامه واما قولنا الفاقد للمهر اردنا به انه لو وجد
مالا هو بلغه نفقته ايامًا لكنه لا يفي بالمهر يجب اعفافه لانه مستغن عن النفقه
دون الاعفاف وفيه وجه بعيد انه لا يستحق لانه لا يستحق النفقه وهو ضعيف
واما قولنا يجب الاعفاف نعني به ما يحصل به عفته عن الزنا ويحصل ذلك بان
يزوج منه امراه مسلمه او كتابيه او يملكه جاريه او يسلم اليه صداق امراه او
ثمن جاريه ثم يلتزم مونه الزوجه ودوام النكاح وليس للاب ان يعين امراه رفيعه
المهر ومهما تعين مقدار المهر فتعين الزوجه الى الاب لا الى الابن ولا يكلفه ان يزوجه عجوزًا
شوها او معيبه ببعض العيوب فان ذلك لا يعف ويكون ذلك كطعام فاسد
لا ينساغ فانه لا يقبل في النفقه ولا يلزمه تسليم الصداق الى الاب بل له ان لا يستوفي
الصداق الا بعد العقد فرعان احدهما انه يكفيه زوجه واحده فلو ماتت
لزمه اخرى وفيه وجه بعيد انه لا يلزمه لان النكاح طرقه العمر فيكفي

شوها

الصداق

مرة واحدة ومهما فسخ نكاحها بعض العيوب او انفسخ لا باختياره فيجب التجديد
كما في الموت اما اذا طلقها فعن التجديد له اوجه احدها انه يجب لانه تكلفه امساك
زوجة واحدة فيه عسر والثاني انه لا يجب اذ هو الذي قطع النكاح بنفسه والثالث
انه ان طلق بعذر ظاهر من ريبة او غيرها كان كالرد بالعيب فيجب التجديد والا فلا
اما اذا كان مطلاقا فحيث تنسب في العرف اليه فلا يجب التجديد الثاني لو ملك
الابن جارية فاراد ان يزوجها منه فهذا ينبني على اصلين احدهما ان الاب هل يعد موسرا
بمال ولده حتى يمتنع عليه نكاح الامة فيه خلاف فان قلنا لا يعد موسرا فينبني على ان وطي
جارية الابن هل يوجب الاستيلاد فان قلنا يوجب لم يصح النكاح لانه يودي الى انفساخ النكاح
بحصول الولد الذي هو مقصود العقد اما اذا كان الاب عبدا ونكح جارية ابنه جاز
لان الاستيلاد في حقه غير ممكن اذ لا يتصور له الملك وكيف ينتقل الملك اليه ولو نكح
الحر امة اجنبي فملكها ابنه لم ينفسخ النكاح لان هذه الشروط والتوهمات انما تعتبر
في ابتداء العقد لا في دوامه ثم لو حصل ولد في ملك الابن انفسخ النكاح اذ ذاك وانعقد
الولد على الحرية وقال الشيخ ابو علي لا ينعقد على الحرية فان الوطي في ملك النكاح لا يقتضي
حرية الولد فلا يحصل الاستيلاد وهذا بعيد ولو امكن هذا لحكمنا بصحة النكاح ابتدا
كما قاله ابو حنيفة ولا خلاف بين الاصحاب انه لو نكح جارية مكاتبه لم يصح لتوقع
الاستيلاد وانتقال الملك اليه كما في جارية الابن لكن لو طرى ملك المكاتب على زوجة
سيده ففي الانفساخ وجهان احدهما لا كطريان ملك الابن والثاني ينفسخ لان المكاتب وماله
كالملك للسيد فلا تفرقة في ذلك بين الطاري والمقارن كما في ملك الزوج زوجته

الفصل الرابع في تزويج الاما وحكمه في الاستخدام والنفقة والمهر

اما الاستخدام فلا يبطل بالتزويج وانما يحرم الاستمتاع لان تعطيل منفعتها على السيد
ينفره من الرغبة في التزويج بخلاف الحرة فانها صاحبة الحظ فتترك غرضا مع تعطل المنافع
ثم للسيد ان يستخدمها نهارا ويسلمها الى الزوج ليلا فلو عكس ذلك لم يجز لان الليل هو وقت
الاستمتاع ولذلك تعتمد عليه في القسم نعم هل للسيد ان يقول ابوئهما بيتا في داري ليلقاها
زوجها ولا اسلمها اليه فيه قولان احدهما لا لانه يناقض تمام التمكين والثاني له ذلك لان الليل
حقه ولا ضرورة الى ابطاله كيف ولا خلاف ان له ان يسافر بها وعلى الزوج ان اراد صحبتها

بعي السيد
ام كيف يتصور
نفي لا بنه

ان يحبسها السيد ليلا فاذا جاز ذلك فهذا اولى قال ولما ليس له ان يبوئها بيتا
فلو كانت محترفة فقال الزوج سلموها نهارا الى لتحترف في يدي واستانس بمشاهدتها
قال ابو اسحق المروزي تجب اسعافه جمعا بين الجانبين وقال الاكثرون لا يجب تسليمها
في مدة العمل فان ذلك ينقص من حق السيد اما النفقة فيجب على الزوج تكميلها
ان سلمت اليه ليلا ونهارا وان لم يسلم الا بالليل فثلثة اوجه احدها ان النفقة على السيد
لان النفقة انما تجب بكمال التمكين على الزوج ولم يجز والثاني انه يجب كمال النفقة لانه سلم
له كمال التمكين المستحق بالنكاح والثالث انه يتشطر لتشطر الزمان اما اذا تبرع
الحرة نهارا وسلمت ليلا فعلى وجه يسقط جميع النفقة وعلى وجه يسقط الشطر
لانه لم يسلم له كمال المستحق بالنكاح ولا خلاف في انه لو سافر السيد بها سقطت النفقة
ولم يلزم الزوج مصاحبتها والانفاق عليها واما المهر فانما يجب للسيد ولا يسقط
باسقاطها والتطرق السقوط بالقتل والبيع اما القتل فقد نص الشافعي ان السيد
لو قتلها قبل المسيس فلا مهر له مع انه لا خلاف ان الحرة لو ماتت او قتلها اجنبي
قبل المسيس استقر المهر لان ذلك نهاية النكاح ولذلك يعلونه الارث فمنهم
من خرج قولا في الامة من الحرة ومنهم من قرر النص وعلل بعلتين احداهما ان السيد
زوج بحكم ملك اليمين فيسقط حقه باتلافه قبل القبض كما في البيع والثاني انه ان العاقد
هو الذي فوت المعقود عليه فيسقط منه المطالبة وبنى على العلتين قتل الحرة نفسها
لانها عاقدة وليست مملوكة ففيه وجهان وكذلك قتل الاجنبي الامة تخرج على العلتين
فاما موت الامة فلا خلاف انه يقرر المهر اما اذا باع الامة لم ينفسخ النكاح خلافا
لابن عباس ويسلم المهر للبائع لانه وجب بالعقد الا في صورة التفويض على قولنا يجب المهر
بالمسيس غير مستند الى العقد فعند ذلك اذا جرى المسيس في ملك المشتري كان
له المهر نعم لو باع قبل تسليم المسمى لم يكن له منع الامة وحبسها ليتشوف الصداق الية
اذ لم يبق له تصرف في الامة ولم يكن ايضا للمشتري الحبس لانه لا يستحق المهر فيستفيد
الزوج بالبيع سقوط حق الحبس ومهما اعتق الجارية كان حكم المهر ما ذكرناه لكن المعتقة
تقوم مقام المشتري فرعان احدهما لو زوج امته من عبده فلا يستحق المهر اذ لا
يستحق السيد على عبده دينا والرق المقارن للعقد دفع المهر بعد جريان موجبه ولم يكن

هذا يعرّبه للعقد عن المهر مجرى الموجب واعربه الرافع واندفع والاندفاع في معنى الانقطاع لا في معنى الامتناع ٥ الثاني اذا قال اعتقتك على ان تنكحيني فلا يتعلق العتق الا بقبولها لانه علق بعوض مقصود ثم اذا قبلت عتقت وفسد العوض ولم يلزمها الوفا بالنكاح والرجوع عليها بقيمتها للسيد كما لو اعتقها على خمر ثم لو نكحها بعد ذلك بالقيمة التي عليها وهي مجهولة ففي صحة الصداق وجهان احدهما وهو اختيار المزني انه لا يصح والثاني يصح اذ الاستيفاء غير مقصود بخلاف ما لو اتلفت الحرة عبدا على انسان وله عليها قيمة مجهولة فنكحها بتلك القيمة فالصحيح فساد الصداق وها هنا وجه طرد الوجهين لعسر الفرق ولو قال السيد لعبدها اعتقتك على ان تنكحي فالصحيح انه يعتق من غير قبول وكانها قالت اعتقتك على ان اعطيك بعده شيا ومنهم من قال يفتقر الى القبول لانه مقصود في العادة وهو ضعيف اذ لا خلاف انه لو قال طلقتك على ان لا تحجري وقع الطلاق من غير قبول ثم قال صاحب التقريب من اعتق امة لينكحها ولم يامن مخالفتها فسبيله ان يقول ان يسّر الله تعالى بيننا نكاحا صحيحا فانت حرة قبله ثم نكحها فيتبين وقوع العتق قبله ويصح النكاح ومنهم من خالف في هذا وساعد فيما لو باع مال ابيه على ظن انه حي فاذا هو ميت وهذا البنا ضعيف فانه لا يدري موته الا مع تقدير العقد وها هنا يتنفس تصادفه صحة النكاح العتق ويمكن ان يقال جعل العتق معلول الصحة اذ علقه بها والصحة معلول العتق فتكون الصحة علة نفسها بواسطة العتق فانها علة العتق الذي هو علتها ولا يكون الشي علة نفسه ولا معلول معلوله وليس هذا كدور الطلاق فان المعلق يكون معلول المنجز والمنجز لا يكون معلول المعلق اصلا لان المنجز لا يستدعي وقوع طلاق قبله وصحة النكاح تستدعي وقوع عتق قبلها وفي المسالة زيادة غور لا يحتمل هذا الموضع كشفه ٥

الفصل الخامس

في تزويج العبيد والنظر في المهر والنفقة وهما لازمان متعلقان باكتساب العبد مهما نكح بالاذن وان كان في يده مال تجارة تعلق بالارباح وهل يتعلق براس المال فيه وجهان احدهما لا لانه ليس من كسبه فصار كرقبته وساير اموال السيد والثاني انه يتعلق لان الاطماع تمتد الى ما في يده والقول الجديد ان السيد لا يصير ضامنا للمهر

بمجرد الاذن في العقد اذ الاذن لا يقتضي الا تمكينه من اداء لوازم النكاح فيجب
عليه ترك الاستخدام وتمكين العبد حتى يكتسب مقدار المهر ولا يلزمه ان يكتسب
النفقة والقول القديم في العبد الذي ليس بكسوب اوجه وهو مستمد من قولنا
ان عهدة عقود المأذون ترجع الى السيد وان لم يصرح بالضمان نعم اختلفوا على الجديد
في انه هل يمنع السيد المسافرة به واستخدامه فقال المراوزة له ذلك وعليه لوازم النكاح
وقال العراقيون لا بل يتعلق اللوازم بكسبه فليس له تفويته ثم مهما استخدمه
يوما واحدا مجحفا او مستطلا ففيما يلزمه قولان احدهما اقل الامرين من اجرة المثل او لوازم
النكاح والثاني انه يلزمه جميع لوازم النكاح لانه ربما يكتسب بالاتفاق
في هذا اليوم ما يفي بالجميع ثم على هذا القول ترددوا في انه هل يجب كمال النفقة
الى اخر العمر ام يقتصر على المهر ونفقة مدة الاستخدام لان العمر مجهول الاخر ولا خلاف
في انه لو استخدمه اجنبي لم يلزمه الا اجرة المثل لانه ليس عاقدا حتى يطالب بلوازم العقد
والسيد كالعاقد **فرع** اذا نكح العبد حرة فاشترته انفسخ النكاح
وكذلك لو اتهبته ولكن يضاف الفسخ الى قبولها او الى ايجاب السيد حتى يظهر ٨
اثره في التشطير قبل المسيس ان اضيف الى السيد واسقاط الجميع ان اضيف
اليها فيه قولان ماخذهما طلب الترجيح بين الايجاب والقبول في السبب مع ان السبب
واحد وهو مركب منهما جميعا ويمكن ان يقال اصل الفسخ اسقاط جميع المهر اذا
كان السبب من جانب مستحق المهر خاصة وهذا ليس من جانبه خاصة فيسقط
الجميع وهذا هو الاوجه فعلى هذا لو اشترته بالصداق الذي ملكته على السيد
بصريح ضمانه فان كان قبل المسيس قال الشافعي لا يصح الشراء اذ لو صح لسقط المهر
ولعري الشراء عن العوض فيؤدي اثباته الى نفيه فبطل من اصله اذ يعود المهر الى السيد
بحكم الفسخ لا بحكم البيع وهذا من قبيل الدور الحكمي فان فرعنا على
التشطير بطل في النصف وخرج في الباقي على تفريق الصفقة فان رأينا
تفريق الصفقة او اشترته بعد المسيس حتى تقرر المسمى كله فيبنى على ان من
استحق دينا على عبد ثم اشتراه هل يسقط دينه بالملك الطارئ كما يسقط
بالمقارن وفيه وجهان فان قلنا يسقط فيؤدي براءته الى براءة الاصيل وهو السيد
فيؤدي الى خلو الشراء عن العوض ونعود الى الدور الحكمي وان قلنا لا يسقط

لزم السيد ضامنا فسخ الشرى وفسخ النكاح ولنذكر ها هنا خمس مسايل
في الدور الحكمي احدها انه لو اعتق امته في مرضه وتزوجها وكانت ثلث ماله
ومات ولم يزد ماله لم يكن لها طلب المهر لان ذلك يلحق دينا بالتركه ويوجب رد
العتق والنكاح والمهر من اصله فطلب المهر يودي الى ابطال اصل المهر ه
الثانيه المريض اذا زوج امته عبدا ثم قبض صداقها واتلفه ثم اعتقها
فلا خيار لها اذ لو فسخت لارتد المهر ولما خرجت من الثلث فبطل العتق وبطل
الخيار ه الثالثه لو مات وخلف اخا وعبدين واعتقهما الاخ ثم شهدا على
ان للميت ابنا من زوجته فلانه تثبت الزوجيه والنسب ولا يثبت الميراث للولد
اذ لو ثبت لحجب الاخ وبطل عتقهما فبطلت شهادتهما وان شهدا بان له بنتا لم يثبت الارث لها لان
في توريثها رد عتق الاخ في النصف وارقاق نصف العبدين وذلك يبطل الشهاده هذا
اذا كان معسرا فان كان موسرا فلها الارث اذ ليس من ضروره الارث ارقاق
العبد في نصيب الاخ ويسري الى الباقي ه الرابعه لو اوصى له بابنه فمات
وخلف اخا فله القبول فاذا قبل عتق الابن ولم يرث لانه لو ورث لحجب الاخ
ولبطل قبوله فانه قبل لكونه وارثا ه الخامسه لو اشترى المريض ابنه او
اباه عتق من ثلثه ثم لا يرث لانه لو ورث لصار الشرى الى عتقه بالشرى وصيه
له فيبطل العتق ولا ارث وههنا دقيقه في طريق قطع الدور فانه تاره يقطع
من اوله كما ذكرنا في ابطال شرى الزوجه زوجها وتاره من وسطه كما ذكرناه
في اثبات النسب ونفي الميراث واما ذلك لا جاريا كخصوص الاسباب وبعدها
عن قبول الدفع كالنسب وضعف بعضها وقبولها للدفع كالبيع وشرح
ذلك قد حققناه في كتاب غايه الغور في درايه الدور فليطلب منه ه
الفصل السادس في التنازع في النكاح والدعوى اما ان تكون منه او منها
اما دعواه فصحيحه لانه مستحق الحق عليها تتوجه الدعوى بنا على الصحيح في قبول
اقرارها اما المراه اذا ادعت فان ادعت المهر صحت الدعوى وان ادعت الزوجيه
ولم تتعرض للوازم فالظاهر قبول دعواها فان الزوجيه وان كانت حقا عليها ولكنها
مناط حقوق لها وفيه وجه انه لا يقبل لفساد صيغه الدعوى اذ تدعي انها رقيقه لغيرها

بدليل انه يقبل دعواها اذا سكت الزوج فلو انكر وجعلنا انكاره طلاقا على
احد المذهبين سقط دعواها وان لم نجعله طلاقا كان انكاره كسكوته
فروع خمسه الاول ادعى زيد زوجيه امراه وادعت المراه انها زوجه
عمرو واقام كل واحد بينه قال ابن الحداد بينه زيد اولى لانها استندت الى
صنعه يحجه في الدعوى بخلاف دعوى المراه فاستحسنه منه بعض الاصحاب
وخالفه بعضهم وقال كيف نسلم لزيد وقد كذبتها البينه الاخرى المقابله لها
والمساله مفروضه فيما اذا كان عمرو ساكتا فانه لو انكر ربما جعل طلاقا
الثاني اذا زوج احدى ابنتيه ومات ووقع النزاع في عين الزوجه فللمساله حالتان
احدهما ان يعين الزوج احداهما وكل واحده تدعي ان المزوجه صاحبتها فالتي عينها
الزوج للزوجه الدعوى عليها فيجري على منهاج الخصومات والثانيه لا خصومه معها
الثانيه ان تزعم كل واحده انها المزوجه فالتي عينها الزوج منكوحه باتفاق
الزوجين وبقيت الاخرى تدعي زوجيه وقد سبق حكم دعواها وقال بعض
الاصحاب ليس من شرط المساله تقدير موت الاب كما فرضه ابن الحداد فان الاب
ان كان حيا فاقرار المراه يقبل على الصحيح وهذا متجه اذا كانتا ثيبين اذ لا
يقبل اقرار الاب فهو كالميت اما اذا كانتا بكرين فاقرار الاب مقبول عليهما
وفي قبول اقرارها مع قبول اقراره عسر الا انه ربما يحلف فكيف يحكم بهما
ويمكن ان يقال يرعى السابق من الاقرارين او يسقط اقرارها الا اذا لم يكذبها
الولي وهو الاوجه الثالث اذا ادعت زوجيه ومهرا وشهد
الشهود وقضى بالمهر فرجع الشهود ففي تغريمهم قولان مبنيان على تغريم
شهود المال اذا رجعوا انهم هل يغرمون بالحيلوله وها هنا اولى بان لا يغرموا
لان الشهود اثبتوا البضع له في مقابله المهر وهو الذي فوت بانكاره
المهر ثم ان قلنا يغرمون فانما يغرمون ما اخذ من الزوج وان قلنا فانما
يغرمون ما اخذ من الزوج وان قلنا لا فانما يغرمون ما هو قدر المثل فان زاد المأخوذ
غرموا الا انهم لم يثبتوا في مقابله حقا في المساله خلافها لو شهد

الشهود على النكاح واخرون على الاصابه واخرون على الطلاق قال الحداد
الغرم على شهود الطلاق لانهم المفوتون اما شهود النكاح اسوا جميعًا والاخرون
اثبتوا استمتاعا فان تفق الاصحاب على تغليطه لان شهود الطلاق وافقوه اذ نفوا
زوجيه هو منكر لها بل الغرم موزع على شهود النكاح و شهود الاصابه ان شهد
شهود الاصابه على الاصابه في نكاح وان شهدوا على اصابه مطلقه فذكر لا يونر
لانه لا يظهر كونها في نكاح حتى يتعلق بها الحكم ٥ الفرع الرابع اذا ادعت
المراه محرميه او رضاعا بعد العقد وكانت مجبره تسمع دعواها وقال ابن الحداد
القول قولها لان هذا من الامور الخفيه وربما انفرد به وقال ابن شريح القول قوله
وهو الاصح لان النكاح معلوم في الاصل عدم المحرميه وفتح هذا الباب للنساء طريق
عظيم في الخلاص للفاسقات من ربقه النكاح اما اذا كانت تزوجت برضاها
فظاهر المذهب انه لا يقبل دعواها لانها تناقض رضاها الا اذا اظهرت عذرا من نسيان
او غلط فيحتمل ان يقبل دعواها ويحلف الزوج كما اذا ادعى الراهن بيعًا قبل الرهن وزعم
انه اعتمد على كتاب وكيله انه لم يبع ثم بان انه مزور فانه يقبل دعواه على وجه ٥
الخامس اذا زوج امته ثم قال زوجتكها وكنت مجنونا او محجورا علي وانكر
الزوج فان لم يعهد له جنون بطل فالقول قول الزوج وان ادعى الصبى او امرا معهودا
فوجهان احدهما القول قوله اذ الاصل بقا تلك الحاله والثاني ان القول قول الزوج لانه اعترف
بالعقد فيحمل على الصحه وعليه بينه الابطال وقد نص الشافعي انه لو احرم الولي بعد
التوكيل بالنكاح ثم ادعى ان الوكيل زوج بعد الانعزال بالاحرام ان القول قول الزوج
لان العقد معترف به فيحمل على الصحه ولكن هذا يقارن مسئله الوجهين لانه اقر بتسليط
الوكيل على الاحرام ٥

كتاب الصداق ٥

وفيه خمسه ابواب ٥ الباب الاول في حكم الصداق الصحيح في الضمان والتسليم
والتقرير الحكم الاول الضمان فنقول كل عين مملوكه يصح بيعها او منفعه متقومه
يصح الاجاره عليها فيصح تسميتها في الصداق حتى تعليم القران ولا يتعين للصداق
مقدار ولا جنس وقال ابو حنيفه اقل الصداق نصاب السرقه وقال لا يصدقها
مقدار

في الصداق

منفعة حر لكن يصدقها منفعة العبد ويستحب ترك المغالاة في الصداق لقوله صلى الله عليه وسلم
خير النسا ارخصهن مهورا واحسنهن وجوها ثم مهما صح الاصداق فالصداق في يد الزوج
مضمون ضمان العقد او ضمان اليد فيه قولان مشهوران احدهما انه مضمون ضمان العقد
لانه عوض في معاوضة كالمبيع فعلى هذا لو تلف قبل القبض انفسخ الصداق وقدرنا
انتقال الملك الى الزوج قبل التلف حتى لو كان الصداق عبدا ومات كان مؤنة التجهيز
على الزوج وترجع المراة الى مهر المثل وهو عوض البضع اذ كان قياس الفسخ رجوع
البضع اليها لكن الصداق ليس ركنا في النكاح فتعذر رد البضع وفسخ النكاح
به فيصار الى ما هو قيمته كتلف العوض في البيع والمعوض جارية بعد ردها باستيلاد
مستملكها فانه يرجع الى قيمة الجارية والقول الثاني انه مضمون ضمان اليد كما في المستام
والمستعار حتى يخرج على وجهين في انه يضمن باقصى القيمة من يوم الاصداق الى التلف
او يضمن بقيمته يوم الاصداق ومنشا التردد في ان الغالب على الصداق مشابهة العوض
او مشابهة النحلة ويدل على كونه نحلة قوله تعالى واتوا النسا صدقاتهن نحلة وانه لا
يفسد النكاح بفساده ولا ينفسخ برده اتفاقا وكانه تحفة عجلت اليها لتهيئة
اسبابها ويدل على كونه عوضا انه تقابل به المراة في العقد كما في البيع وانه يقرر
بتسليم المعوض وترجع عند سقوطه الى بدله وهذا هو الاصح وكانه عوض اذا ثبت
ولكن اثباته وادامته ليس ركنا في النكاح ويتفرع على القولين ثم المنتظر
في التصرف في الصداق قبل القبض وحكم الزوائد وحكم التعيب والتلف وبيانه
بخمس مسائل الاولى بيع الصداق قبل القبض يمتنع على قول ضمان العقد جائز على قول ضمان اليد
وكذلك الاستبدال عنه يجري مجرى الاستبدال عن الثمن على قول ضمان العقد لا يجري
المسلم فيه الثانية الصداق اذا فات في يد الزوج لم يضمنها الزوج على القولين
الا اذا قلنا انه مضمون ضمان المغصوب نعم لو استخدم الزوج واستوفى المنفعة ضمن
على قول ضمان اليد وعلى قول ضمان العقد تنزله منزلة البائع اذا انتفع وفي ضمانه
وجهان بناء على ان جناية البائع كجناية الاجنبي او كافة سماوية اما الزوائد كالولد
والثمار لا تدخل في ضمان الزوج على القولين الا اذا الحقناه بضمان المغصوب الثالثة
اذا تعيب الصداق قبل القبض فلها خيار فسخ الصداق على القولين الا على وجه حكي
عن ابي حفص ابن الوكيل انه لا خيار لها على قول ضمان العقد وانما الجمهور على الثاني

50

خيار الفسخ يؤيد قول ضمان العقد لكن القايل الاخر يقول هو وان كان مضمونا ضمان
اليد بعد التزم تسليمه في عقد ثم ان فسخت فعلى قول ضمان العقد رجعت الى مهر المثل ولم
يطالب بالارش اما اذا اطلعت على عيب قديم فلها الخيار ولكن على قول ضمان اليد هل
تطالب بالارش ان اجازت فيه تردد للاصحاب وتجويز المطالبة بارش ما لم يدخل تحت يده
حكم ضمان اليد ولكن له وجه من حيث ان الاصحاب اتفقوا على طرد القولين فيما
اذا اصدقها عبدا مغصوبا او حرا وقالوا على قول ضمان اليد يرجع الى قيمة العبد
وتقدر قيمة الحر وزادوا عليه فقالوا لو اصدقها خمرا او خنزيرا قدرنا الخمر عصيرا
والخنزير شاة ورجعنا الى قيمتها على هذا القول ثم قال الصيدلاني هذا اذا قال
اصدقتك هذا العبد فاذا هو حر او هذا العصير فاذا هو خمر او قال اصدقتك
هذا العبد ولم يشر فلو قال اصدقتك هذا الحر او هذه الخمرة او الخنزير فسدت
التسمية قطعا وكان الرجوع الى مهر المثل قولا واحدا وهذا يلتفت على ماخذ اخر سوى
ضمان اليد وهو ان تعين الصداق له فايدتان احدهما التعيين والاخرى تقدير مقدار ما
ماليته فكان التسمية ان فسدت في حق التعيين فلا تفسد في حق تقدير المالية وكانهما
رضيا بهذا التعيين وبهذا القدر والشرع قد منع من عين الحر والغصب والخمر فبقي
المعنى معيارا للقدر فرجع اليه وكذلك في العيب القديم يمكن ان يقال معيار المقدار
ما ظن حالة العقد وهو التسليم فبحث اكماله ٥ الرابعة اذا تعيب الصداق بجنايتها
بنفسها فذلك كقبضها وان تعيب بجناية اجنبي فلها الخيار لكنها على قول ضمان العقد
ان فسخت طالبت الزوج بمهر المثل ولم تطالب الاجنبي وان اجازت طالبت الاجنبي بالارش اذ
جنى على ملكها وعلى قول ضمان اليد ان فسخت طالبت الزوج بقيمة الصداق سالما وان اجازت
تخيرت بين مطالبة الزوج والاجنبي والقرار على الاجنبي ٥ الخامسة اذا تلف بعض
الصداق انفسخ النظر على قول ضمان العقد بتفريق الصفقة وان تلف كله لم يخف
تفريع ضمان العقد لكن على قول ضمان اليد لا فسخ لها بخلاف ما اذا تعيب فانها تستفيد
بالفسخ الخلاص عن العيب والرجوع الى القيمة واما ههنا ان اجازت او فسخت فرجوعها
الى القيمة يوم الاصداق فاي معنى لفسخ لا فايدة له وقد يتصور فايدة اذ تسقط مطالبتها
عن الاجنبي واذا قلنا انه تضمن ضمان المغصوب وكانت قيمته يوم التلف اكثر فان اجازت
اخذت قيمته يوم التلف وان فسخت رجعت الى قيمته يوم الاصداق فسقط

وعلى الفاضي الحسين في الفتاوي ان الصداق ... ان اجازت ... لا ... والا ...

حقها وتتضرر بالفسخ وهذا الخلاف فيما لو وجد بالمبيع عيبا وهو مع ذلك يساوي اضعاف
الثمن كان له الرد لانه له فائدة في الخروج من العهدة الحكم الثاني التسليم
ومهما تنازعا في البداية بالتسليم ففيه ثلاثة اقوال كما في البيع احدها انهما يجبران معا
من غير تقديم احدهما وطريقه ان يكلف الزوج تسليم الصداق الى عدل وتكلف المراة
التمكين فاذا وطيها اخذت الصداق والثاني انهما لا يجبران بل من اراد استيفا ماله
بادر الى تسليم ما عليه حتى يجبر صاحبه على التسليم والثالث ان البداية بالزوج لان
استرداد الصداق ممكن دون البضع وهذا يشترط ان تكون مهياة للاستمتاع فان
كانت صغيرة ففي المهر قولان كما في النفقة وان كانت محبوسة او ممنوعة بعذر
اخر لم يجب تسليم الصداق والقول الرابع وهو ان البداية بالمراة وان كانت في رتبة
البائع لا يجري هاهنا اصلا لان البضع يفوت بالتسليم بخلاف المبيع ثم البداية لا تخلو
اما ان تكون منها او منه فان كان منها التمكين ثبت لها الصداق على الاقوال كلها
وطيت او لم توطأ اذ بذلت ما في وسعها فان رجعت الى الامتناع لم يكن لها طلب الصداق
لان شرط استمرار الطلب على قولنا لا يبدا بالزوج استمرار التمكين فان وطيها استمر
الطلب فان لم يسلم لها الصداق لم يكن لها العود الى الامتناع اذ سقط حق حبسها
بالوطي ولا يسقط حق حبسها بتمكين عار عن الوطي وهل يسقط بوطي اكرهت عليه
فيه وجهان ووجه سقوطه ان العوض قد تقرر وقال ابو حنيفة لها الامتناع بعد
الوطي مهما منع الصداق اما اذا بادر الزوج الى تسليم الصداق فامتنعت فهل له
الاسترداد ان قلنا انه يجبر الزوج على البداية فيسترد لان ذلك بشرط تسليم
المعوض وان قلنا لا يجبر فقد تبرع وابطل حق الحبس فلا يسترد وقال القاضي ان
كانت معذورة عند التسليم ثم زال العذر وامتنعت فله الاسترداد لانه
سلم على رجا التمكين عند زوال العذر والاظهر انه لا يسترد كيف ما كان ثم مهما سلم
الصداق فليس له ان يطالبها بل يمهلها ريثما تستعد للتنظف والاستحداد
وقيل انه تمهل ثلثة ايام والخلاف ان الامهال لاجل تهية الجهاز لا يجب نعم لو كانت
صغيرة لا تطيق الوقاع لم يجب تسليمها وكذا ان كانت مريضة ولو كانت حائضا
وجب التسليم اذ يستمتع بما فوق الازار ويكفي الدين وازعا عن الوطي فان قال
انا امتنع عن وطي الصبية والمريضة لم يوثق بقوله فيه وذلك اضرار بها ولا ضرر
على الحائض نعم لو علمت من عادته انه يتغشاها في الحيض فلها الامتناع عن

كمال المهر الا بالوطي او موت احد الزوجين واما الخلوة فلا تقرر

المضاجعة الحكم الثالث التقرير ولا يتقرر على الجديد من القولين ومنهم من قطع بان الخلوة لا تقرر وخرّج بعض القديم على ان الخلوة تؤثر في جعل القول قولها اذا تنازعا في الوطي لاجل التقرير ثم قال المفرعون على القديم تتعلق بالخلوة ايضا العدة والرجعة وقال ابو حنيفة لا يثبت الرجعة ثم قال ابو حنيفة الخلوة بالنفسا والحائض والصايم بصوم الفرض لا تقرر المهر ووافقه المحققون على القديم وقال الخلوة بالرتقا تقرر المهر وخالفه المحققون في **الباب الثاني** في احكام الصداق الفاسد وقاعدة الباب ان النكاح لا يفسد بفساد الصداق لان المذهب الصحيح ان النكاح الخالي عن ذكر الصداق ينعقد موجبا للصداق تعبدا والاثر ذكر الصداق الا في التعيين والتقدير فيفسد التعيين والتقدير ويبقا وجوب مهر المثل او سقا التقدير وسقط التعيين حتى نرجع الى قيمة الصداق اذا كان حرا او مغصوبا وقال مالك يفسد النكاح بفساد الصداق وقد هو قول للشافعي ولا تفريع عليه ثم لفساد الصداق اسباب الاول ان لا يكون قابلا للتمليك كالخمر والمغصوب والحر وحكمه الرجوع الى القيمة على قول والى مهر المثل على قول **الثاني** الشروط والاصل ان النكاح لا يفسد بكل شرط نوا في مقصود العقد كقوله نكحت بشرط ان اطلق وان لا اجامع وفيه وجه بعيد انه لا يفسد به واما الذي لا يخل بالمقصود ولكن يتعلق به غرض فيه كشرطه ان لا يتسرى عليها وان يمكنها من الخروج متى شاءت او يجمع بينها وبين ضراتها في مسكن واحد ولا يقسم لها فهذه اغراض مقصوده وكل غرض مقصود فهو عوض مضاف الى الصداق او مقابل له فيؤثر في افساد الصداق لا في افساد النكاح وكذلك الشروط الفاسدة الخاصة بالصداق يفسد الصداق دون النكاح ولو شرط الخيار ثلثة ايام في الصداق فحاصل المنقول فيه ثلثة اقوال احدها انه يصح الشرط ويثبت الخيار لان الصداق في حكم عقد مستقل ولذلك لا ينفسخ النكاح بفسخه فيفرد بالخيار كالبيع والثاني انه يفسد ويفسد النكاح لان اثبات الخيار في احد العوضين يتداعا الى الثاني وهو ضعيف يلزم في سائر الشروط والثالث انه يفسد به الصداق دون النكاح لان اثبات الخيار في الصداق بعيد فاذا لم يصح افسد الصداق

فرع نقل المزني لفظين متقاربين وحكمين مختلفين فقال لو عقد النكاح
بالف على ان لابيها الفا فالمهر فاسد لان الالف الثاني ليس بمهر وقد اشترطه ولو
نكح امراة بالف على ان يعطي اباها الفا كان جايزا ولها منعه واخذها منه لانها
هبة لم تقبض او وكالة وكان المزني جعل هذا كانه عقد بالفين على ان يوصل
الى ابيها من مالها الفا فالتزم عملا لا يلزمه فيلغوا لكن اللفظ يكاد ينبو
عنه فمن الاصحاب من قال المهر فاسد ها هنا ايضا لانه عقد بالف فلا فرق بين
الاضافة وبين الاعطا ومنهم من قال في المسلتين قولان بالنقل والتخريج اذ
الاضافة الى ابيها ايضا تشعر بانه يسلم له من جهتها فهو كالاعطا والصحيح
الفرق وتقرير النصين المدرك الثالث للفساد تفريق
الصفقة وفيه مسالتان احديهما ان يصدقها عبدا على ان ترد الفا فقد جعل
العبد مبيعا وصداقا فجمع بين صفقتين مختلفتين ويخرج على قولي تفريق الصفقة
فان افسدنا كان تاثيره في افساد الصداق وذكر الفوراني ان القولين في صحة
النكاح وذلك مما يعضده ذلك طرد الاصحاب القولين فيما اذا جمع بين اجنبية ومحرم
في صفقة واحدة اذا افسدوا نكاح الاجنبية على قول لكنه ضعيف لان
الفساد يتطرق هاهنا الى بعض صفقة التزويج والصفقة لا تتبعض وهناك
يتطرق الفساد الى لفظ الصداق فان فرعنا على صحة الصداق فلو تلف العبد قبل
القبض استردت الالف ورجعت الى مهر المثل على قول وعلى قول ترجع الى قيمة الباقي
باعتبار توزيع العبد على الالف ومهر المثل ولو قبضت العبد فوجدت به عيبا
فارادت ان تفرد القدر المبيع او الصداق بالرد ففيه قولا تفريق الصفقة ووجه
جوازه ان جهة الصداق تباين جهة البيع فلم يكن كما لو اشترى عبدا ورد بعضه
بالعيب فان ذلك ممتنع لما فيه من الاضرار بالتوزيع الثانية لو جمع بين
نسوة في عقد واحد على صداق واحد فالنكاح صحيح وفي صحة الصداق قولان نص
عليهما الشافعي وكذلك في الخلع ونص على انه لو اشترى عبدين من رجلين لكل واحد عبد
بثمن واحد فالبيع باطل ونص على انه لو كاتب عبيده على عوض واحد فالكتابة صحيحة فمن
الاصحاب من قرر النصوص وقال البيع باطل لجهالة الثمن في حق كل واحد والكتابة صحيحة

تشوفا الى العتق اذ احتمل فيه مقابله الملك بالملك فهذا اولى والصداق
والخلع دايرين الرتبتين ففيه قولان ومنهم من طرد القولين في الجمع وهو القياس ووجه
قول الفساد الجهل بحكم كل واحد ووجه الصحه معرفه الجملة وتيسير الوصول الى
التفصيل بالتوزيع لكن بخلاف انه لو قال بعتك هذا العبد بما تقتضيه التوزيع من
الالف اذا قسم على قيمته وعلى قيمة ذلك العبد الاخر لم يجز ذلك فاي فرق بين ان
يدخل العبد الاخر في العقد او لا يدخل والصفقه تعبديت بعدد البايع فالتصحيح بعد
في الجميع ٥ التفريع ان قضينا بالصحه يوزع الصداق على مهور امثالهن وفيه وجه
بعيد انه يوزع على عدد الروس فان فرعنا على الفساد رجعت كل واحده الى مهر المثل على
قول وعلى قيمة الصداق وكما تقتضيه التوزيع على قول لان هذا المجهول امكن معرفته بخلاف
ما لو اصدقها مجهولا لا يمكن معرفته فانا نرجع الى مهر المثل قولا واحدا ٥ المدرك
الرابع ان يكون الصداق بحيث لو قدر ثبوته لا رتفع النكاح كما اذا قبل النكاح لعبده
وجعل رقبته صداقا فلو ملكت رقبته لانفسخ النكاح فيفسد الصداق ويفسد
النكاح ايضا لانه قرن النكاح بما يضاده كو نكح بشرط الطلاق بخلاف ما لو اصدق خمرا فما هي
هذا الا شرط الطلاق والفسخ وكان يحتمل تصحيح النكاح ولكن لا صاير اليه ٥ المدرك
الخامس ان يتضمن اثبات الصداق رفع الصداق كما لو زوج من ابنه امراه فاصدقها
ام ابنه فانه لا بد من تقدير دخول الام في ملك الابن حتى تنتقل الى الزوجه صداقا ولو
دخلت في ملكه لعتقت عليه ولما صارت صداقا فهو انما نفيه فيفسد بطريق
الدور لكن يصح النكاح ٥ المدرك السادس ان يتضمن اضرارا بالطفل
كما لو قبل لابنه الصغير نكاحا باكثر من مهر المثل او زوج ابنته باقل من مهر المثل
فيفسد الصداق وفي صحه النكاح قولان احدهما الصحه كسائر اسباب الفساد
والثاني الفساد لانها اذا لم ترض الا باكثر من مهر المثل فكيف نرد الى مهر المثل وكيف
يصح العقد دون رضاها وكذلك اذا لم يرض زوج ابنته الا باقل من مهر المثل
فكيف يلزمه مهر المثل هذا اذا زوج ابنه بمال الابن فان اصدق من ماله بزياده على مهر
المثل صح ولا نقول هذا يدخل في ملك الطفل ويصير تبرعا من ماله لانه لا مصلحه للطفل في
افساد هذا الصداق اذ يعود عليه الكل فاذا كان يحصل ذلك ضمنا ولا نبالي بالزياده
واحكام الباب بمسالة السر والعلانيه فاذا تواطا اولياء الزوجين على ذكر الفين

وتيسير الوصول
في
قلو
بلعنت
العبد

في العقد ظاهرا وعلى الاكتفاء بالالف باطنا فقد نقل المزني قولين في ان الواجب مهر السر
ام مهر العلانية واختار المزني ان الواجب مهر العلانية لان ما جرى قبله وعد محض وما ذكره
صحيح اذا لم يجر الا الوعد فاما اذا تواطؤوا على ارادة الالف بعبارة الالفين فيحتمل قولين
مأخذهما ان الاصطلاح الخاص هل يؤثر في الاصطلاح العام وتغييره ام لا وفيه نظر
الباب المدرك السابع مخالفة الامر وذلك بان تقول للوكيل زوجني بالف فزوج
بخمسمائة لا يصح النكاح لانه لا يملك الا ما اذن له فيه ولم يؤذن له في هذا العقد فاما
اذا قالت للوكيل زوجني مطلقا فزوج باقل من مهر المثل [struck through] فالصحيح فساد النكاح
ايضا لان المطلق في العرف يقتضي مهر المثل اما اذا زوج الوكيل ايضا مطلقا ولم يتعرض
للمهر فيحتمل التصحيح والرجوع الى مهر المثل لانه طابق فعله اذنها ويحتمل الفساد اذ كان
مفهوم قولها في العرف ذكر المهر اما اذا ذكر خمرا او خنزيرا فظهرت المخالفة
فظهر الافساد اما اذا اذنت للولي فالصحيح ان الولي في هذا المعنى كالوكيل لانه غير مجبر وقيل
ان الاذن يلحقه بالمجبر ثم في تزويج المجبر باقل من مهر المثل قولان وانما ذكر القولين حيث فوض
اليه مطلقا اما اذا قدرت المهر وخالف فقطعوا بفساد النكاح وقيل يطرد القولين
ايضا في الوكيل اذا فوض اليه مطلقا فرع لو قالت زوجني بما شاء الخاطب
فقال زوجتك بما شئت فالمهر مجهول والرجوع الى مهر المثل الا اذا عرف المزوج ما
شاء الخاطب وقال القاضي وان عرف فالصداق فاسد لانه لم يتلفظ به
الباب الثالث في اخلاء النكاح من المهر وفيه ثلاثة فصول الفصل
الاول فيما تستحقه المفوضة ونعني بالتفويض تخلية النكاح عن المهر بامر من اليه الامر
كما اذا قالت البالغة للولي زوجني بغير مهر فزوجها ونفى المهر او سكت عن ذكره
وكما لو زوج السيد امته ونفى المهر او سكت عنه ولا يتصور ذلك في صبية ولا مجنونة
ولا سفيهة اذ ليس لاحد اسقاط مهورهن نعم اذا قالت السفيهة للولي زوجني بغير
مهر تسلط الولي على التزويج باذنها ولكن عليه ان يزوجها بمهر المثل ولا يعتبر قولها
في اسقاط المهر ثم فيما تستحقه المفوضة ثلاثة اطوار قال العراقيون لا تستحق بالعقد
شيئا وتستحق بالوطء مهر المثل وهل تستحق بالموت قولان احدهما نعم لان الموت مقرر
كالوطء ولان ابن مسعود سئل عن المفوضة وقد مات زوجها فاجتهد شهرا ثم قال
ان اصبت فمن الله وان اخطأت فمن الشيطان اري لها مهر نسائها والميراث
فقام معقل بن سنان وقال اشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت
واشق

واشتق الاشجعيه بمثل قضائك فسر به سرورا عظيما والثاني انها لا تستحق
لان تشبيه الموت بالطلاق اولا ولا احلاف انها لا تستحق الشطر عند الطلاق قبل
المسيس واما حديث معقل فلم يقبله علي ابن ابي طالب رضي الله عنه وقال كيف نقبل في ديننا
قول اعرابي بوال على عقبيه هذه طريقة العراقيين اما المراوزة ذكروا قولين في
انها هل تستحق بالعقد ووجه الاستحقاق وانها اذا استحقت عند الموت والموت لا يوجب
المفروض يدل على انه وجب بالعقد وكذلك الوطي وان كان موجبا فانما يوجب
اذا لم يكن مستحقا ولذلك لا يجب على السيد بوطي امته شي فوجوبه بالوطي يدل على وجوبه
بالعقد واتفق الاصحاب على انها تستحق بالطلاق قبل المسيس لان القياس سقوط الكل
بالطلاق لكن قال الله تعالى فنصف ما فرضتم فخصص بالمفروض ولو اصدقها خمرا
ورجعنا الى مهر المثل تشطر ذلك بالطلاق لانه مفروض صحيح في اثبات الاصل دون
التعيين وذكر الشيخ ابو محمد ان مهر المثل في صورة التفويض ايضا يتشطر كذكر الخمر
واتفقوا ايضا على انها تستحق بالوطي الا القاضي حسين ذكر وجها انها لا تستحق مخرجا
من قول الشافعي في المرتهن اذا وطي المرهونة باذن الراهن على ظن انه مباح ان المهر لا يجب
مع ثبوت النسب والعدة ولا ماخذ له الا اسقاط مرتبة الحقوق **فرع** اذا قلنا
تستحق المهر بالوطي فيجب باعتبار حالها يوم الوطي او يوم العقد فيه وجهان ووجه
اعتبار يوم العقد يومي الى ان الامر كان موقوفا فكانا نقول العقد الخالي عن الوطي
لا يوجب والمفضي الى الوطي يوجب ولكن لا يتبين الا باخرة فيحصل في العقد بلبه
اقوال يجب لا يجب هو موقوف الى ان يخلو عن المسيس او يفضي اليه ٥

اي يستقر

+ يعني ان هذا كله قبل المسيس

الفصل الثاني في الفرض ومعناه وحكمه اعلم ان المفوضة اذا قلنا
تستحق المهر اما بالعقد او بالمسيس فمعناه انها تستحق اما مهر المثل او ما تراضيا به
الزوجان وما يتراضيان به فهو اولى فان عجزا عن ذلك رجعنا الى مهر المثل لان ايجاب
المهر مع التصريح بنفيه تعبد والتعبد في اصل المهر لا في مبلغه لكن طلب ما لا
يعرف مبلغه غير ممكن ولذلك يجب على الرجل تعيين المبلغ بالفرض ويجوز للمراة ان تمنع
نفسها في طلب الفرض على القولين جميعا فانا ان قلنا تستحق بالعقد فلها غرض في الفرض
وهو تقريره لتتشطر عند الطلاق وان قلنا لا يجب وتستحق عند المسيس فلها ان لا تسلم

نفسها الا على ثبت نعم ليس لها حبس نفسها لتسلم المفروض في صورة التفويض
لانها لا تطلب حقها اذ رضيت بغير مهر وانما لها الفرض لنفي الجهالة عن ما اثبته الشرع
او بنيته ومن الاصحاب من ذكر وجها ان لها حبس نفسها لتسلم المفروض كما ان لها طلب
الفرض وهو متجه بلا خلاف في ان لهما فرض غير جنس الصدا او وما يزيد على مهر
المثل وما يقصر اذ المرتكن من مهر جنس مهر المثل وان كان من جنسه ويجوز فرض مهر
الموجل ولا يشترط علمهما بمهر المثل عند الفرض ومن اصحابنا من ذكر في هذه المسائل
الثلث وجهين وكانه يجعل مهر المثل اصلا والفرض بيانا له ونقدرا فنقول لا يمكن
اثبات الاجل ابتدا ولا التزام زياده مهر المثل فانه لا اصل له كما انه لا يجوز المصالحه
من دم العمد على ما يزيد من الابل اذا قلنا ان الواجب احدهما لا بعينه وكان مثل ذلك
التردد جارها هنا وهو ان الواجب مهر المثل او المفروض احدهما لا بعينه او
مهر المثل هو الاصل والفرض بناء عليه وتابع له والاصح ان الواجب احدهما لا بعينه
ولذلك جاز نقص ما يزيد قيمته من غير جنس المهر على منهاج الاستبدال اذ لا
تفتقر الى الحاكم وقوله فروع الاول لو ابرات قبل الفرض عن المهر صح
على قولنا ان المهر يجب بالعقد ان كان مهر المثل معلوما وان كان مجهولا لم يصح في الزياده
على المستيقن وفي القدر المستيقن قولا تفريق الصفقه وان قلنا لا يجب الا بالوطي فهو
كالابرا عما لم يجب وحراسيث وجوبه وفيه قولان ولا يكون ابراوها مضادا ما للتعلق
فانه في حكم الاستيفا اما اذا قالت اسقطت حقي عن طلب الفرض فهذا يلغو لان
اصل الحق باق والفرض تابع له فصار ذلك كرضا التي اعتقها زوجها فان ذلك لا
يسقط حقها الثاني لو فرض لها خمرا او خمرا لغا ولم يشطر بشيء مهر المثل
لان المؤثر فرض صحيح او مقرون كان العقد فما لا يفيد تعيينا بعد العقد لا يؤثر في
تغيير العقد الثالث لو امتنع عن الفرض مع طلبها فللقاضي ان يفرض ولكن
عليه ان لا يزيد على مهر المثل كيلا يتضرر الزوج وكانه نايب عنه نيابة قهرية
الرابع لو فرض الاجنبي متبرعا ففي صحته وجهان احدهما يجوز وعليه المفروض كما له
التبرع باداء الصدا وعنه بغير اذنه والثاني لا لان هذا اظهار لمراد الطلب
الذي يقتضيه العقد فلا يليق الا بالعاقدين الفصل الثالث
في تعرف مهر المثل والحاجه تمس الى معرفه ذلك في المفوضه اذا لم يتفق فرض
وفي الوطي بالشبهه وفي اخذ الممهور بالشفعه وفي التوزيع عند جمع نسوه في عقد

والصحيح انه يجوز فرض غير الزياده على مهر المثل
على الوطي
علمهما
بيانا
تعرف مهر المثل

كنبوم

واجبه وفي مواضع والاصل الاعظم في مهر المثل النسب وسطر الى مهر الاخوات للاب
والعمات للاب ولا سطر الى الامهات والبنات اذ يختلف ذلك بنسب الابا ويعتبر
مع ذلك الجمال والعفة وسلاسة الخلق وسائر الخصال اذ كانت الرغبة تزيد لذلك
وتنقص فان لم يكن نسيبة نجرد النظر الى هذه الخصال فان هذا يجري مجرى معرفة القيم
نظرا الى الرغبات فروع الاول لو سمحت واحدة من العشيرة لم يلزم الباقيات ذلك
الا اذا شاع التسامح فيهن فيدل ذلك على قلة الرغبات ٥ الثاني لو كن يمحن بالف موجل
ولا يمكن التاجيل في قيم الاتلافات فالوجه ان ينقص من الالف ما يقتضيه العدول الى النقد
الثالث لو كن يسامحن من يتواصلهن من العشيرة فيلزم ذلك في العشيرة لا في غيرهم
وقال الشيخ ابو محمد لا يلزم ذلك لان القيم لا تختلف بالاشخاص الرابع الوطي بالشبهة
يوجب المهر باعتبار يوم الوطي وكذلك في النكاح الفاسد لان العقد باطل فلا معنى لاعتباره
ثم اذا وطئها في العقد الواحد مرارا لم يلزم الا مهر واحد لان الشبهة شاملة وكذلك
لو ظنها منكوحته ووطيها مرارا ومهما تعددت الشبهة تعدد المهر ولو اكره العاصب
الجارية على الوطي ووطيها مرارا لزمه لكل وطي مهر اذ لا شبهة حتى يعتبر شمولها والاب
اذا وطي جارية الابن مرارا ولم تحبل فهل يقال شبهة الاعفاف شاملة فيكتفي بمهر واحد
فيه وجهان ثم اذا اكتفينا بمهر واحد فلو كانت هزيلة في حال وسمينة في حال اعتبرنا
حال زيادة المهر واكتفينا به ٥ الباب الرابع في حكم تشطر الصداق
بالطلاق قبل المسيس وفيه فصول الفصل الاول في محله وحكمه فنقول ارتفاع النكاح
قبل المسيس لا بسبب من جهتها يوجب العود في صورة التفويض ويستوي فيه الطلاق
والفسخ والانفساخ الا اذا كان الفسخ منها او بعيب فيها او بسبب من جهتها وقال
ابو حنيفة لا يتشطر الا مسمى صحيح في نفس العقد فاما المفروض بعد العقد او الواجب
في العقد بتسمية فاسدة فلا يتشطر ثم المذهب الصحيح ان معنى التشطر رجوع النصف
الى الزوج بمجرد الطلاق من غير اختيار وفيه وجه مشهور ان معناه ثبوت خيار الرجوع
في التشطير بالطلاق مضاهيا لخيار الرجوع في الهبة ومن اصحابنا من قال يفتقر الى قضا
القاضي وهو ضعيف جدا ويتفرع على وجه الخيار ان الزيادة الحادثة بعد الطلاق وقبل
الاختيار تسلم للزوجة وانه لو طلقها على ان لها كمال المهر يكون ذلك كاسقاط الخيار
ويسلم لها كمال المهر وعلى الوجه الاخر يؤثر الشرط في اسقاط التشطير ويحتمل ترددا
في تصرف المراة بين الطلاق والاختيار وفي انه لو اسقط الزوج خياره هل يسقط لتردد

سطر الصداق ...

من البسيط ... الطعم ... الملمس

هذا الخيار من خيار الواهب ومن خيار البيع وتشبيهه بخيار الواهب
أولى فرع لو تلف الصداق قبل الطلاق رجع الزوج بنصف القيمة
ولو تلف بعد الانقلاب الى الزوج بآفة سماوية قال المراوزة لا ضمان
عليها وهو كما لو تلف الموهوب في يد المتهب بعد رجوع الواهب
وقال العراقيون هو مضمون عليها لانه عوض عن البضع الذي رجع اليها بالطلاق
فصار كالمبيع اذا تلف بعد الفسخ والمراوزة يقولون الطلاق كالاعتاق
وهو تصرف معناه تقرير النكاح وقطع موجبه فليس بعود الشطر
بعود البضع بخلاف البيع ومساق الطريقين يقتضي ان يكون الصداق مضمونا
في يدها لو تلف بعد الفسخ وكل فسخ اصل يستند الى اصل العقد والانفساخ
بردتها بالطلاق اشبه اذ لو كان رجوع المهر بطريق تراد العوضين
لرجع جميع الصداق اليه لا شطره ولو انفسخ بردتها او بسبب احرلا
يستند الى العقد ولا يتشطر وهو في محل الاجتهاد والتردد
الفصل الثاني في تغيرات الصداق التي توجب رد الحق الى القيمة
او الخيار والتغير اما ان يكون بنقصان محض او زيادة محضة او نقصان من
وجه وزيادة من وجه اما النقصان المحض كالتعيب الحاصل في يدها قبل
الطلاق فذلك يوجب الخيار بعد الطلاق فللزوج ان يطالب بنصف قيمة السليم
فان رجع الى عين الصداق فعليه ان يقنع بالمعيب بخلاف ما لو اشترى عبدا بثوب
فرد العبد بالعيب والثوب معيب فانه يطالب بالارش ويأخذ الثوب وهذا الفرق
يمكن على طريق المراوزة حيث لم يجعلوا الصداق مضمونا في يدها ولكن مع ذلك
تشكل فانه لو تلف قبل الطلاق ضمنت القيمة فمن هذا خرج بعض الاصحاب
وجها انه يطالب بارش العيب ويأخذ العين ان شاء هذا اذا تعيب في يدها
فان تعيب في يد الزوج فعليه ان يقنع بالمعيب لانه تلف من ضمانه الا اذا كان
بجناية اجنبي واخذت الارش فان له ان يسترد نصف الارش لانه خلف عن الفائت

وقال القاضي حسين لا يرجع بالارش لانه كزياده منفصله في حق المراه والفوات
كان من ضمان الزوج فلا يعتبر في حقه لاقامه الارش مقامه ٥ اما الزياده المحضه
المنفصله منها كالولد واللبن والثمره فتسلم لها ولا حق للزوج فيها والمتصله
تبطل حق الرجوع بالعين الا برضاها فان منعت غرمت قيمة النصف قبل ظهور الزياده
وان سمحت اجبر الزوج على القبول ولم يكن له الامتناع حذرا من المنه لانه في حكم
التابع والمشكل ان الزياده المتصله لا تمنع الرجوع في الرد بالعيب وكذلك
ينبغي ان يكون في فسخ النكاح بالعيب ولعل السبب فيه ان الفسخ يرفع العقد من اصله
بالاضافه الى الجنبه فلا يبقى حق في الزياده واما هاهنا الزياده حصلت على ملكها
والطلاق تشطير مستانف لا استناد له الى العقد وابطال حقها من الزياده غير
ممكن وعند هذا ينبغي ان يجوز رده بالطلاق وفي الانفساخ برد نها تردد
العراقيون لانه غير مستند الى سبب في العقد اما اذا زاد من وجه ونقص
من وجه فلكل واحد منهما الخيار فان ابا الزوج قبول العين فله نصف القيمه وان
ابت المراه التسليم كان على الزوج قبول نصف القيمه ومثاله ان يكون الصداق
عبدا صغيرا فكبر وترعرع فالزياده لكبره وقوته والنقصان لزوال طراوته — طراوته
وكذلك النخل اذا ان ثلت وسقطت لكن قلّ ثمرها فهي زياده في الجرم
ونقصان في الفايده ولسنا نشترط في هذه الزياده ما يزيد في القيمه بل ما يرتبط به
غرض صحيح فان العبد الكبير وان لم يزد قيمته فانه يصلح لاغراض لا يصلح لها الصغير
ولتعلم ان الثمار في الاشجار زياده محضه والحمل في الجاريه زياده من وجه ونقصان
من وجه وفي البهايم زياده من وجه وهل فيه نقصان يرد ذوا فيه والظاهر
انه ان كان ماكولا كان نقصانا لانه يظهر اثره في اللحم لا سيما اذا تكرر والزرع
في الارض نقصان محض اذ يبقى الزرع لها ويكون الارض ناقصة القوه والحراثه في المزارع
زياده محضه وفي مواضع البنا نقصان محض والغراس في معنى الزرع ٥ هذه خاتمه
الفصل وتهذيب مقصوده برسم مسايل الاولى لو اصدقها نخلا فاثمرت
في يدها وطلقها قبل الجداد فيعسر في هذه الصوره التشطير اذ يبقى الثمار خالصه

لها وتضرر الاشجار مشتركة فان ترك السقي تضرر الثمر والشجر لامتصاص الثمر رطوبة
الشجر وان سقى انتفع الثمر والشجر وليس الكل مشتركا حتى يشتركا في السقي فلا
يمكن في هذه الواقعة الا المسامحة من احد الجانبين او موافقة فانه لو اراد ان يجبر
الاشجار ويكلفها قطع الثمار في الحال لم يلزمها لانها تستحق ابقاء الثمرة الى الجداد وكذلك اوان
لا يمكن لو كلفها هبة شطر الثمار منه ليكون الكل مشتركا وكذلك لا يمكن ان يكلفها السقي
اذ ليس عليها ان ينتفع نصيبه من الشجر ولا ترك السقي اذ تتضرر ثمرتها وكذلك
ليس لها ان تكلفه باخراج الملك الى اوان الجداد ولا ان يسقي ولا ان يترك السقي لما ذكرناه
اما المسامحة فلها صور احدها ان يقول الزوج ارجع الى نصف الشجر ولا اسقي ولك
الخيرة ان شئت فاسقي وان شئت فاتركي السقي فلا يلزمها الاجابة لانها تتضرر بترك
السقي وينتفع شجره بالسقي وكذلك مسامحتها على هذا الوجه لا يقتضي لزوم الاجابة
الثانية ان يقول الزوج اخذ نصف الشجر واسقي بنفسي او قالت المراة ارجع الى النصف
واما التزم السقي ففي وجوب الاسعاف وجهان احدهما نعم لانه اندفع العسر بالمسامحة
والالتزام ٥ والثاني لا لانه وعد لا يلزم الوفاء به لان المراة ربما خافت على ثمارها بدخوله
البستان او خاف بدخولها على الشجر بدخولها فان قلنا تجاب فلو رجع وترك
السقي تبين ان الملك لم ينقلب اليه في النصف لانه كان موقوفا على الوفاء بالوعد وان
قلنا لا تجاب فتسلم القيمة ثم وفا بالوعد ففي رد القيمة والرجوع الى العين تردد والظاهر
انه لا يرد اذ بعد تتبع الحكم بعد اثباته ٥ الثالثة ان تبادر الى قطع بلغ
ثمارها وذلك بقطع العسر فان وهبت نصف الثمار منه حتى يصير الكل مشتركا
ففي وجوب الاجابة وجهان وجه المنع ما فيه من المنة ووجه الايجاب الضرورة وهذه
الضرورة لا تجري في الارض المزروعة اذ الارض لا تنتفع بالسقي فاذا رجع في نصف الارض
كان عليها السقي لحاجة زرعها وجرى على هذا العسر فيما لو اصدقها جارية فولدت
وطلقها والولد رضيع لانه لو رجع الى نصف الجارية تضرر الولد بقطع الرضاع فان
قال رضيت بان يبقى مرضعه الى الفطام فهذا وعد ففي وجوب الاجابة وجهان اما
الموافقة فلها صورتان احدهما ان يلتزم احدهما السقي برضا صاحبه فهذا
تواعد منهما فان وفيا فذاك والا تبين ان الملك لم يحصل في الشطر الثالثة

ان يتراضيا على ان ياخذ الزوج نصف النخل ولا يلزم واحد منهما سقيا ان يترك السقي او
سقى من شاء متبرعا فلو ندم احدهما وقال اريد السقي لم يمكن منه بخلاف ما اذا التزم
السقي ثم ندم لان هذا اسقاط حق والتزام ضرار فلا يلزم واما التزام السقي فوعد لا يلزم
قبل التسليم ٥ المسالة الثانية لو اصدقها جارية حاملا فولدت ثم طلقها
فيرجع الى نصف الولد ان قلنا انه يقابل بقسط من الثمن وقيل لا يرجع لان اكثر القيمة
حصل بالانفصال في ملكها ولا يمكن تمييز قيمة الجنين عن المنفصل اذ لا قيمة للجنين وان
قلنا لا يقابله قسط من الثمن فيسلم الولد لها ٥ الثالثة لو اصدقها حليا فكسرته
ولو اعادته صنعة اخرى فهو زيادة من وجه ونقصان من وجه فلها الخيار فان اعادت
تلك الصنعة فهل لها الامتناع من تسليم النصف فيه وجهان احدهما لا كما اذا
كانت سمينة فهزلت ثم عادت سمينة والثاني لها المنع وهو اختيار ابن الحداد لانها
زيادة حدثت باختيارها ٥ التفريع ان قلنا يرجع بنصف القيمة مع الصنعة
وقيل انه يرجع الى مثل تبر الحلي وزنا بوزن ثم تغرمها نصف اجرة الصنعة من نقد البلد ٥ المسالة
الرابعة لو اصدق الذمي زوجته خمرا فتخمر ثم اسلما فانقلبت خلا فطلقها
ففيه وجهان احدهما وهو قول ابن الحداد انه يرجع بنصف الخل والثاني انه لا يرجع
لان هذه مالية حدثت ومالية الخمر قبلها لا تعتبر في الاسلام فكيف يرجع فيها وهو
لا يرجع في زيادة متصلة ٥ التفريع ان قلنا يرجع فلو تلف الخل ثم طلقها
قال الخضري يرجع بمثل نصف الخل لانه من ذوات الامثال وقال ابن الحداد
لا يرجع بشي لانه في التلف ينظر الى قيمته يوم الاصداق او القبض ولم يكن خلا اذ ذاك اليوم
حتى نجب مثله ولا هو موجود في الحال حتى يرد عينه ولو اصدقها جلد ميتة فدبغته
فمنع الرجوع ها هنا اولى اذ حصلت المالية باختيارها فان قلنا يرجع فقول ابن الحداد في انه
لا يرجع عند التلف ها هنا اظهر لانه لا مثل له فتعتبر قيمته يوم القبض ولا قيمة
له اذ ذاك ٥ الخامسة لو اصدقها دينا ثم سلم وطلق فليس لها منعه
من عين ما سلم وان لم يكن متعينا في العقد لانه اقرب الى حقه لا محالة وقيل ان لها الابدال
فان العقد لم يرد عليه بعينه ٥ السادسة تعليم القران فلو نكح
طلقها فقد تعسر التعليم ونعني في ذمته الشطر وتعسر تعيين شطر القران وسوره تختلف

[illegible]

في العسر واليسر وكذلك خياطة نصف الثوب تعسر اذا اصدقها الخياطة او التعليم فان عدنا نعطف حكمهما على المسايل الاولى ابا حيث اثبتنا الخيار من الجانبين والحكم بالملك قبل الاختيار وان فرعنا على الاصح في ان الصداق يتشطر بنفس الطلاق ولكن ينتظر ما يجري من اختيار او توافق فلا يكون هذا الخيار على الفور بل هو كخيار الرجوع في الهبة واذا ثبت لها الخيار لم يسقط بان ما جرى للزوج المطالبة بحقه اما العين واما القيمة فان ابت حبس القاضي عين الصداق عنها وامنع تصرفها كما في المرهون واذا ثبت الخيار لها في صورة الزيادة المنفصلة واصرت على المنع باع القاضي ما يفي من نصف الصداق او ما يفي بنصف القيمة دون تعذر الزيادة فان كان لا يشترى النصف باكثر من نصف القيمة فلا فايدة في البيع فالصحيح انه يسلم اليه ولكن لا يملكه ما لم يقض له القاضي به لانه يدرك بالاجتهاد ومن نص الشافعي على هذا غلط من غلط حيث اعتبر القضاء في اصل التشطير الثالثة ان الحاجة اذا مست الى القيمة فانه قيمة تعتبر بتقدير ان تلف في يدها بعد الطلاق وقلنا انه مضمون عليها فتعتبر يوم التلف اما اذا منع من قبل او افتقرنا اليها لعيب او زيادة فالواجب عليها اقل القيمتين من يوم الاصداق الى الاقباض لانه ان نقص قبل الاقباض فهو من ضمان الزوج فلا يحسب عليها وكان يحتمل ان يقال ان كان المانع هي الزيادة والعين قايمة تعتبر حال التقويم لكن قدر ان الزيادة كالمفقود للرجوع

الفصل الثالث في التصرفات المانعة من الرجوع وفيه مسايل احدها اذا زال ملكها بجهة لازمة من بيع او هبة او عتق امتنع الرجوع وتعينت القيمة وان تعلق حق لازم من غير زوال الملك كرهن او اجارة فليس له الفسخ وله طلب القيمة في الحال فان قال انتظر انفكاك للرجوع فلها اجباره على قبول القيمة خيفة من غرر الضمان ان قلنا ان الصداق بعد الطلاق مضمون في يدها وان قلنا لا ضمان او ابراها عن الضمان حيث نصحح الابرا عن ضمان ما لم يجب فهل يلزمها الاجابة فيه وجهان منشاوه ان هذا وعد وربما يبدو له المطالبة بالقيمة وحط ... او يخلو يدها في ذلك الوقت عن النقد فان قلنا لا يلزمها الاجابة فلو لم يتفق المطالبة حتى انفك فهل له التعلق بالعين فيه وجهان احدهما نعم لانه لا مانع والثاني لا اذ المانع نقل حقه الى القيمة فلا ينقض بعد الثانية لو اصدقها عبدا فدبرته ثم طلقها نقل المزني انه يعين القيمة واختلف الاصحاب على طرق ومنهم من قطع بانه غلط لان التدبير لا يمنع ازالة الملك اختيارا فكيف يمنع الرجوع قهرا ومنهم من قرر

النص وقال التدبير قربة مقصودة فلا يتقاعد عن زيادة متصلة مقصودة
لا تؤثر في زيادة القيمة فانها تمنع الرجوع ومنهم من قال المسالة على قولين ينبنيان
على ان التدبير وصية او تعليق بصفة فان قلنا تعليق فيمنع الرجوع لان ابطال التعليق
بالتصريح به ممتنع وهذا البنا ضعيف فان التعليق لا يمنع البيع فكيف يمنع التشطير
ثم اختلف المفرعون للنص في ان صريح تعليق العتق هل يكون كالتدبير وان الوصية
بالعتق للعبد هل يكون كالتدبير وان التدبير هل يمنع الرجوع في الهبة ورجوع البائع في
العوض المسترد بعد زوال المعوض بالعيب والاظهر انه لا يمنع الثالثة اذا اصدقها
صيدا والزوج محرم عند الطلاق وان قلنا انه يحتاج الى الاختيار فهو كشرا المحرم
الصيد وفيه خلاف وان قلنا يتشطر اليه فهاهنا وجهان احدهما انه يتشطر اليه لانه
ملك قهري كالارث والثاني انه كالشرا لان الطلاق الى اختياره فان قلنا لا يتشطر
اليه فيرجع الى نصف القيمة وان كان المانع من جهته وان قلنا يتشطر فكيف يجب ارسال
نصف الصيد او كيف تمسك ونصفه لمحرم ففيه خلاف ينبني على ان المقدم عند
التزاحم حق الله تعالى او حق الادمي او يتساويان فان قدمنا حق الله تعالى وجب على الزوج
الارسال وغرم قيمة نصفها وان قلنا حق الادمي بقي ملكا للمحرم للضرورة وان قلنا
يتساويان فلهما الخيرة فان ارسله الزوج برضاها غرم لها والا بقي مشتركا
الرابعة اذا زال ملكها ببيع او هبة لازمة ثم عاد فهل يمنع الرجوع فيه قولان احدهما
ان الزائل العائد كالذي لم يزل او كالذي لم يعد وان كان الطاري هو الرهن والاجارة
فاذا زال لم يمنع الرجوع وترددوا في الكتابة والتدبير والصحيح انهما بعد الانقطاع
لا يمنعان الرجوع عند الطلاق

الفصل الرابع فيما لو وهبت الصداق
من الزوج ثم طلقها ونقدم عليه مقدمتين احداهما ان الله تعالى قال فنصف ما فرضتم الا
ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح اما عفوهن فمعلوم انه يوجب سقوط
حقهن عن النصف الثاني اذا كان الصداق في الذمة اما الذي بيده عقدة النكاح
فقد اختلفوا فيه فمذهب ابن عباس وهو القول القديم ان المراد به الولي دون الزوج
لانه تعالى ذكر الازواج بصيغة المخاطبة فقال سبحانه فنصف ما فرضتم وهذا
بصيغة المغايبة ولانه عطف على عفوها فليحمل على ما يوجب سلامة الصداق وله
ومذهب علي بن ابي طالب رضي الله عنه وابن جريج وابن المسيب ان المراد به الزوج وهو

وهو الجديد لانه ذكر عفوها الموجب لخلوص الجميع له ثم ذكر عفوه
الموجب لخلوص الجميع لها وهذا يؤيد قول الحاجة الى الاختيار لانه تعالى قال
اقرب للتقوى وعفو الولي لا يوصف بذلك ه التفريع ان قلنا عفو
الولي وهو القياس فلا كلام وان اثبتنا عفوه فهو مقيد بخمس شرائط
احدها ان يكون الولي مجبرا كالاب والجد وان لا تكون مالكة امر نفسها
وان يكون قبل المسيس فان ما بعده تعطيل لحقها وان يكون بعد الطلاق ولا قبله وان
كان معه بان اختلعها بالمهر ففيه تردد والاظهر انه كالمتاخر وان يكون الصداق
دينا اذ لفظ العفو انما يستعمل فيه لا في العين وقال الشيخ ابو محمد العين في معنى
الدين في حكم القياس والمصلحة لانه جوز رخصة لتخليصها اذ تمس الحاجة اليه ثم
اختلف الاصحاب في ثلث مسائل احدها هل يعفو عن مهر الصغيرة المجنونة فقيل
نعم للعموم وقيل لا لان الغرض تخليصها لينكحها غيره وهذه لا ترغب فيها ه
الثانية البكر البالغ قيل يعفو عن مهرها للعموم وقيل لا لانها مالكة
امر نفسها وعلى هذا ينبني ان الولي هل يستقل بقبض صداقها وكان من جوز
ذلك يشبه ولايته على عوض البضع لتعلقه بالبضع ه الثالثة البكر
الصغيرة اذا زوجت وثابت في طلب النكاح بوطي شبهة فالظاهر انه ليس للولي
العفو لان عقدة النكاح ليست بيده الان ه المقدمة الثانية في الفاظ العفو ه اذا
كان الصداق دينا سقط بلفظ العفو والابراء ولا يحتاج الى القبول على الصحيح
ولو قالت وهبت هل يفتقر الى القبول فيه وجهان وان كان عينا لم يسقط
بلفظ الابراء وان قبل وفي لفظ العفو تردد والاشهر انه كلفظ الابراء وقال
القاضي يكفي ذلك في الصداق خاصة لعموم الاية رجعنا الى المقصود فنقول الرجوع
الصداق الى الزوج قبل الطلاق وخمس صور احدها ان يكون معاوضة فاذا طلق رجع
الى القيمة سواء كان محاباة او بثمن المثل ه الثانية ان يرجع بهبة وهل تمنع
الرجوع بالقيمة عليها فيه قولان ه الثالثة ان يكون دينا وترجع بالابراء طريقان
منهم من قطع انه لا يرجع بالقيمة ومنهم من قال قولان ه الرابعة ان يكون
بهبة الابن ففيه قولان مرتبان واولى بالرجوع ه الخامسة ان يكون بهبة

الدين المقبوض وفيه قولان مرتبان واولى بالرجوع توجيه اصل القولين من قال لا يرجع
جعل هبة الصداق كتعجيل ردّه اليه قبل الطلاق ومن قال يرجع انكر ان يكون الهبة
تعجيلا اذ لو صرح بالتعجيل لم يصح الهبة تسببت مستانف لا يغير حكم الطلاق
وينبني الابراء على الهبة سببه ان الابراء تصافي الاسقاط ويجري القولان في الفسخ
وكل جهة يقتضي الرجوع الى العوض حتى لو باع عبدا بجارية فوهب منه العبد ثم
اراد رد الجارية بالعيب لم يجز له طلب قيمة العبد على هذا القول ومنع تشبيه رد
الجارية عند بعضهم لعروه عن الفايدة فرعان احدهما لو وهبت من الزوج
نصف الصداق ثم طلقها فان قلنا الهبة لا تمنع الرجوع فله الرجوع بالنصف وفي
كيفيته ثلثة اقوال احدها انه يرجع الى النصف الباقي ليحصل له الكل واحصر هبتها
في نصيبها المستحق وهذا يعرف بقول الحصر والثاني انه يرجع الى نصف الباقي
وربع قيمة الجملة اذ لا بد من الاشاعة فان الحصر تحكم والثالث ان الاشاعة
حق ولكن تودي الى تبعيض حق الزوج فله الخيار ان شاء طلب قيمة النصف وان شاء رجع
الى نصف الباقي وربع قيمة الجملة ويجري الاقوال فيما لو اصدقها اربعين من الغنم فاخرجت
واحدة من الزكوة ثم طلقها ففي قول يرجع الى العشرين من الباقي وتنحصر الشاة في نصيبها
وفي قول يرجع الى نصف الباقي وبقية القيمة وفي قول يتخير بين ذلك وبين قيمة العشرين
وكذلك يجري فيما لو وهبت النصف من الاجنبي اما اذا فرعنا على ان الهبة تمنع الرجوع
فان قلنا بالحصر فمنهم من حصر الهبة في جانبها وانبت للزوج الرجوع بالنصف الباقي
ليحصل له الكل ومنهم من حصر الهبة في جانبه وجعل الموهوب كانه المعجل ولا شي
له وان قلنا بالاشاعة رجع الى نصف الباقي وهو ربع قيمة الجملة ولا يجري قول
الخيار لانا على هذا القول جعلنا ها معجلة للربع فيضاف الربع الباقي اليه
الفرع الثاني اذا اختلعت المراة قبل المسيس بعين الصداق فيسعى ان يقول اختلعت
بالنصف الذي يبقى لي فان قالت اختلعت بالنصف مطلقا فعلى قول الحصر ينحصر في
نصيبها ويكون كما لو صرحت بما يبقى لها وعلى قول الشيوع يفسد نصف العوض وفي
الباقي قولا تفريق الصفقة فان جوزنا تفريق الصفقة سلم للزوج من الصداق ثلثة ارباعه

نصف بحكم التشطير وربع بحكم الخلع ويرجع الى قيمة الربع الباقي او الى نصف مهر المثل لان ربع الصداق هو نصف عوض الخلع وفيه القولان المذكوران في فساد الصداق

الفصل الخامس في المتعة

وقد قال الله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وهي واجبة عندنا وعند ابي حنيفة وقال مالك انها مستحبة والنظر في محل وجوبها وقدرها اما المحل فالنظر في المطلقات وانواع الفراق اما المطلقات فثلاثة اقسام احدها المطلقة المفوضة وهي تستحق مهما طلقت قبل الفرض والمسيس اذ ليس لها نصف مهر وفيها ورد نص القران الثانية مطلقة استحقت نصف المهر قبل المسيس ولا تستحق المتعة لانه شطر كالمتعة فتبين نص القران الثالثة وهي التي استقر مهرها بالمسيس وفيها قولان احدهما لا تستحق اذ سلم لها الجميع جميع المهر والثاني تستحق لان جميع المهر في مقابلة البضع وكانها لم تستحق للابتذال شيئا واما انواع الفراق ففي معنى الطلاق فراق اللعان لانه يستقل بمجرد لعانه وكذا ردته وكل فراق يشطر المهر فيوجب المتعة اذا لم يشطر واما ما يستند اليها كفسخها بعيبه او فسخه بعيبها فلا يوجب المتعة ونقل المزني في فسخه انه يثبت المتعة واتفقوا على تغليطه واما الخلع فقد تردد وا فيه من حيث انه مشطر ولكنه يستقل برضاها وجانبها واما ما لا يستقل بالجانبين كالانفساخ برضاع محرم فيوجب المتعة لانها تاذت بالفراق وان لم تؤذها الزوج وكان المتعة جبر لاذا الفراق واذا لم يجبر بالمهر واما المتوفى عنها زوجها فلا خلاف في انه لا متعة لها لانها متفجعة لا مستوحشة

النظر الثاني في قدرها وفيه وجهان احدهما اقل ما يتمول يتعين ولا تقدير فيه والثاني انه يجتهد فيه فما راه لائقا بالحال تقدره وقيل ينظر القاضي الى حاله في اليسار والاعسار وقيل الى حالها ومنصبها والصحيح انه ينظر اليهما جميعا وقال الشافعي يفرض القاضي لها مقنعة او خاتما او ثوبا ثم انه لا ضابط فيه الا الاجتهاد كما في التعزيرات فانها على قدر الجنايات وعلى قدر اخلاف الجناة في الغرامة والسلامة ثم لا تزاد المتعة على نصف المهر كما لا يزاد التعزير على الحد ثم ان يكن في النكاح مهر فقدر المتعة نصف

[illegible]

مهر المثل فلينقص عنه ه **الباب الخامس في النزاع في الصداق** وفيه مسائل خمس
الاولى اذا تنازعا في مقدار الصداق او جنسه او صفته كما وصفناه في البيع تحالفا
وان كان بعد الموت جرى التحالف مع الوارث لكن الوارث النافي يحلف على نفي العلم
والمثبت يحلف على البت وكذلك يجري التحالف بعد ارتفاع النكاح لان الصداق مستقل
بنفسه وفائدة التحالف فيه انفساخ الصداق والرجوع الى مهر المثل على الاقوال كلها
لان منشأ التحالف الجهل بمقدار الصداق ولا يمكن الرجوع الى القيمة وقال ابن خيران اذا
كان ما تدعيه المراة اقل من مهر المثل فلا نرجع الى مهر المثل بل نكتفي بما تدعيه وهو
بعيد لان رجوعها الى المهر جهة الفسخ تخالف جهة الدعوى ولو ادعت المراة التسمية
وانكر الزوج اصل التسمية تحالفا وانما يفيد ذلك اذا ادعت زيادة على مهر المثل
وفيه وجه انه يرجع الى ان الثابت مهر المثل او اكثره ه الثانية لو اعترف الزوج
بالنكاح وانكر اصل المهر او سكت عنه قال القاضي لها مهر المثل ولكن تحلف لان الظاهر
معها وزاد فقال لو قال هذا الصبي ابني من فلانة فلها مهر المثل ان حلفت لان الظاهر
ان الولد يكون من وطء محترم فان استدخال الماء بعيد وما ذكره فيه نظر لان هذا
يدل على اصل المهر فاما مقداره فلا يدل عليه فان انكاره اصل المهر ابلغ من انكاره بعض
المهر وذلك يوجب التحالف نعم ما ذكره يستمد من مذهب ابي حنيفة حيث قال لو
تنازعا وكان ما تدعيه المراة مقدار مهر المثل فالقول قولها ولا تحالف ونحن لا ننظر
الى ذلك ه الثالثة لو نازع الزوج ولي الصبية في مقدار المهر هل يتحالفان فيه وجهان
وجه تحليف الولي انه مقبول الاقرار فيه فلا يبعد ان يحلف ووجه انه لا يقبل اقراره
لا يحلف ويجري هذا الخلاف في الوصي والقيم والوكيل فيما يتعلق بانشائهم اما
اذا ادعى الولي على انسان انه اتلف مال الطفل فنكل المدعى عليه فالظاهر انه لا ترد اليمين
على الولي لانه لا يتعلق بانشائه ولكن لا يقضى بنكوله عليه ويتوقف الى بلوغ الصبي حتى يحلف
وعن هذا قال بعضهم لا تعرض اليمين عليه بل يتوقف في اصل الخصومة لانه لا يجدي النكول
ومن اصحابنا من قال ترد اليمين على الولي هاهنا ايضا فلو نكل هل يقضى على الطفل بنكوله ام
لا الى ان يحلف بعد البلوغ فيه وجهان ه **الرابعة** لو ادعت المهر في عقدين

[illegible] لان الاصل عدم التسمية وهو ضعيف لان [illegible]

احدهما يوم الخميس والاخر يوم الجمعة واقامت البينة استحقت وحمل على تخلل
طلاق فان ادعى الرجل ان الطلاق قبل المسيس ليسقط النصف وما اقامت بينة على
المسيس فلنا له النكاح مثبت للكل وعليك بيان المسقط ٥ الخامسة
لو كان في ملك الرجل ابوها وامها فاصدقها احدهما على التعيين لكن تنازعا فقالت المراة
اصدقتني الام وقال الزوج اصدقتك الاب تحالفا وفيه وجه انهما لا يتحالفان لان الصداق
عقد مستقل بنفسه ولم يتفقا على صداق واحد فهو كما لو قال بعتني الجارية بدينار
فقال بل بعتك العبد بدرهم فانهما لا يتحالفان وهذا ضعيف لان الصداق له حكم الاعواض
ثم لو تحالفا رجعت الى مهر المثل ورقت الام وعتق الاب على الزوج باقراره ولا يرجع
عليها بقيمته لانها منكرة وولاؤه موقوف اذ لا مدعي له ولو حلف الزوج ونكلت
المراة رقت الام وحكمنا بان الصداق هو الاب وعتق ولا ولاء لها لانكارها اما اذا
قال الزوج اصدقتك الاب ونصف الام وقالت بل اصدقتنيهما جميعا فاذا تحالفا جميعا
رجعت الى مهر المثل وعتق العبد لانه متفق عليه وعليها قيمته وعتق نصف الام والباقي
تعتق بالسراية ان كانت موسرة وقد تم كتاب الصداق ٥ ونردفه بباب
الوليمة والنثر على مذهب الشافعي رحمه الله وفيه فصول الفصل الاول في وجوبها
ووجوب الاجابة فنقول الوليمة عبارة في اللغة عن مادبة سببها سرور من ختان
او قدوم او املاك لكنا نريد به مادبة العرس فان الامر فيه موكد كان
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يترك الوليمة في حضر ولا سفر واولم على صفية
بسويق وتمر في السفر وقال لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه اولم ولو بشاة وقال
الشافعي في سائر الدعوات من تركها لم يتبين لي انه عاص كما يتبين لي في وليمة العرس
فاختلف الاصحاب فمنهم من قال فيه قولان ومنهم من قطع بانه لا تجب وحمل الامر
على الاستحباب وحمل كلام الشافعي على ترك الاجابة الى الوليمة ومنهم من قطع
بان الاجابة ايضا لا تجب وحمل قوله عليه السلام من لم يجب الداعي فقد عصى ابا القاسم عليه السلام
على انه عنى في سيرته والاقتدا بمحاسن اخلاقه اذ قال لو اهدي الي ذراع لقبلت
ولو دعيت الى كراع لاجبت ثم ان قلنا تجب الاجابة فيسقط الوجوب باعذار
الاول ان يكون في الدعوة شي من المنكرات فان كان يهاب ويترك مع ذلك بحضوره
فليحضر والا فليمتنع فان حضر ورأى ذلك ولم يقدر على التغيير فليخرج اذ لا فا

رضي الله عنه
صلى الله عليه وسلم

في مشاهده المنكر حرام ٥ الثاني ان يكون في البيت الذي دعو اليه صوره مصوره
للحيوانات او على الستور والسقوف فان ذلك حرام ولا باس بصور الاشجار فاما صوره
الحيوانات فلا يعفى عنها الا على الفرش ومايحت الاقدام ٥ لان المصوبه على صوره الاصنام
والوسادة الكبيرة المنصوبه في الصدر في حكم المنصوب وقد روت عايشه رضي
الله عنها انه صلى الله عليه وسلم راى في داره سترا عليه صوره فكان يدنو منها ويصرف
فعل ذلك مرارا ثم قال حطيها واتخذي منها نمارق ولا يجوز لبس الثياب وعليها صور
الحيوانات لا للرجال ولا للنسا واما نسج تلك الثياب جوزه الشيخ ابو محمد لانه شرع
له في الفرش الا ان الظاهر تحريم ذلك لعموم الخلاف حيث قال صلى الله عليه وسلم يحشر
المصورون يوم القيمة ويقال لهم انفخوا الروح فيما خلقتم وما هم بنافخين ولا يخفف
عنهم العذاب نعم لا يبعد ان يقال ما اتخذوه يجوز ان يوطا بالاقدام وقد قال صلى الله
عليه وسلم لا يدخل الملئكة بيتا فيه صوره والظاهر ان الدخول مكروه ومنهم من حرم
ذلك ٥ الثالث لو احضر اقواما من الاراذل والسفله وكان في مجالستهم تزري
بمنصبه ومروته فالظاهر انه لا يجب عليه الاجابه ٥ الرابع ان الصوم ليس بعذر
بل يحضر فان صام عن فرض امسك وان كان عن نفل افطر الا ان يعلم انه لا يعز على الداعي
امساكه فعند ذلك يمسك ايضا وحيث يجب الاجابه فانما يجب اذا قصده
الداعي فان قال لغلامه ادع من شئت فلا يجب على من دعاه الغلام الاجابه ولو دعا
جماعة ولم يقصد الاحاد سقط الوجوب بحضور جماعة كرد السلام ٥ الا ٥
الفصل الثاني في الضيافه وفيه مسايل الاولى انه لا يعسر طعام في الضيافه
بل الحضره الى المضيف لكن في الوليمه ينبغي ان يتخذ ما يليق بمنصبه وحاله ٥ الثانيه
انه يشعر الى تصريح بالاباحه بعد احضار الطعام وقيل لا بد من لفظ كقوله الصلوة
او كلوا ٥ الثالثة الضيف يأكل ملك الغير بطريق الاباحه وله الرجوع وقيل انه
يملك لكن اختلفوا في وقته فمنهم من قال عند رفع اللقمه وقيل عند الوضع
في الفم وقيل عند المضغ وقيل عند الازدراد يتبين انه ملك مع الازدراد وقيل لا
يملك اصلا وانما هذه التردد في وقت امتناع الرجوع عن الاباحه والقياس
انه لا يملك ولا يمتنع الرجوع الا بالفوات ٥ الرابعه ازلة الضيف فيه حرام الا
اذا علم قطعا بقرينة الحال رضا المالك فان تردد فيه فالظاهر التحريم ٥ الفصل

الثالث في نثر السكر والجوز وفيه مسايل احداها ان النثر والالتقاط كلاهما
مباحان لما روى جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حضر املاكا فقال
اين اطباقكم فاتي باطباق عليها جوز ولوز وتمر فنثرت فقال جابر فقبضنا ايدينا
فقال عليه السلم ما لكم لا تاخذون قالوا لانك نهيتنا عن النهبى فقال انما نهيتكم عن نهبى
العساكر خذوا على اسم الله فتجاذبنا وجاذبناه قال الشافعي ترك ذلك احب الي
وانما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم للرخصة وبيانها فلا نقول انه مكروه ولكن
ربما يوثر الناثر بعض الناس دون بعض فتركه اولى الثانية ما وقع على الارض والحاضرون
فيه سوا ويملكه من يبتدره ومن ثبتت يده على شي فلا يسلب تركه كالصيد
الثالثة لو وقع في حجر انسان وقد بسطه لذلك ملكه فان سقط منه فهل لغيره اخذه
فيحتمل ان يقال له ذلك وقد زال امره موقوف على استقراره في يده اما اذا لم يبسطه
لذلك فلغيره اخذه كما لو عشش الطاير في داره بطارا اما اذا وقع الصيد في الشبكة
ثم انفلت فالظاهر ان ملكه لا يزول وفيه وجه لانه في العرف لا يعد مستقرا

كتاب القسم والنشوز وفيه مقدمه وستة

فصول اما المقدمه فهو ان الحق في النكاح مشترك بين الزوجين وان كان
بينهما تفاوت قال الله تعالى ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف اذ لهن النفقه والكسوه
والمهر والقسم كما لهم عليهن الاستعداد له للاستمتاع والتمكين والطاعه
ولزوم قعر البيت حتى يمنعها عن زيارة الوالدين وتشييع جنازتهما وعيادتهما
وان كان الاولى ان يرخص في ذلك كيلا يودي الى الوحشه وقطيعة الرحم لكن
ليس للمنفرده في النكاح مطالبه الزوج بالمبيت عندها ولا بالوقاع اكتفا
بدواعي الطبع والاولى بالزوج ان لا يخليهن عن الايناس والوقاع تحصينا لهن عن
الفجور وقال ابو حنيفه لا بد ان يبيت عندها في كل اربع ليالي ليله واحده لان اقصى
ما يمكن في حقه اربع نسوه وذلك غير سديد بل لو كان له اربع نسوه فاعرض
عن جميعهن لم يكن لهن مطالبته نعم اذا بات عند واحده لزمه مثله في حق الباقيات
ولا قسم بين المستولدات والاما ولا بينهن وبين المنكوحات بل له ان يعطل فيهن
بيتا وان كان الاولى ايضا رعاية النصفه بينهن وترك الايذا لكن وجوب

القسم من خاصيه النكاح وهي في المقدمه اما الفصول فالاول
فمن يستحق القسم ويستحق عليه فنقول المريضه والرتقا والحايض والنفسا والمحرمه
والتي الا على زوجها او ظاهر عنها وجميع اصناف النسا ممن بهن عذر شرعي او طبعي
لهن استحقاق القسم لان هذه الاسباب تمنع الوطي ومقصود القسم السكون
والانس واحذر من التخصيص المودي اما الناشزه فلا يستحق حتى لو كان يدعوهن
الى منزله فامتنعت واحده في نوبتها سقط حقها اذ تجب عليهن الاجابه الا اذا
كان يساكن واحده ويدعو الاخرى فامتنعت فيحتمل ان لا تجعل ناشزه حتى يجب
عليه ان ياتيهن او يدعو جميعهن اذ مساكنته لواحده تخصيص موحش ويحتمل ان يرخص
في هذا القدر من التخصيص اما المسافره بغير اذنه فناشزه وان سافرت باذنه
في غرضه فحقها قائم ويستحق القضا وان كان في غرضها فقولان والحد الصحيح انها
لا تستحق القضا لانها مشغوله بغرض نفسها اما من يستحق عليه فكل زوج حتى المجنون
قال الشافعي على الولي ان يطوف به على نسائه ويحتمل ان يقال لا يجب على الولي ذلك اذا العاقل
لو امتنع عن الكل جاز ذلك وكذلك المجنون ولكن العاقل تكفي بداعيته الباعثه والمجنون
لا داعيه له فلا يبعد ان يجب على الولي ذلك فان قلنا يجب فعليه مراعاة التسويه وان قلنا
لا يجب فلو حمله الى واحده ليله يلزمه مثل ذلك لغيرها ويحتمل ان يقال التخصيص
انما يثقل من الزوج وهذا من الولي فلا يعظم ضرره واما السفيه فلا شك في
وجوب القسم عليه لانه مكلف ٥ فرع لو كان يجن ويفيق وامكن الضبط
فالجنون يخصص واحده بالافاقه وان لم يكن فافاق في نوبة واحده ففي كلام
الشافعي ما يدل على انه يقضي للاخرى يوم الجنون ليصان حقها الفصل
الثاني في مكان القسم وزمانه وعدده اما المكان فلا ينبغي ان يجمع بين الضرتين
في مسكن واحد الا ان ينفصل المرافق فان ذلك ظاهر في الاضرار ولو كن في
بيوتهن وكان يستدعي كل واحده الى منزله جاز وعليهن الاجابه واما
الزمان فعاده الليل لان الله تعالى جعل الليل سكنا الا في حق الاتوني والحارس

الاتوني صاحب الحمام

ومن ليس عليه

فالاصل في حقها النهار واما في حق العامه فالنهار تابع ويظهر التشبيه في
امرين احدهما انه لا يجوز له ان يدخل في نوبه واحده على ضرتها الا لضروره كمرض
مخوف او مرض يمكن ان يكون مخوفا فيستبين حقيقه الحال ليعود فان اتفق
وقيل اذا لم يتحققوا انه مخوف لم يجز الخروج وان خرج اليها بغير عذر عصى
وقضى لها من نوبه ضرتها ان يلبث مكثه تلك الليله هكذا ذكره القاضي
حسين وهو قريب من التحكم بل الوجه ان لا نقدر بل يجب عليه قضا مثله
كيف ما كان لكن ظاهر المنقول انه اذا لم يكن مكث يقتصر على المعصيه
ولا يجب القضا واما بالنهار فليس عليه ملازمه المنشا اذ يشتغل بالكسب
وان كان يعود لوضوء او طعام فيرجع الى بيت صاحبة النوبه فان دخل على
ضرتها بالنهار ففيه ثلثه اوجه احدها انه كالليل والثاني ان ذلك لا حرج فيه
لان النهار تابع وهو وقت الانتشار وليس فيه استحقاق ملازمه حتى تفوت
بسبب الدخول على الضره والثالث ان ذلك يجوز لغرض مهم وان لم يكن مرض
مخوف وان لا يجوز بالليل الا لمرض مخوف فان تعود الانتشار في نوبه واحده وملازمه
الاخرى فيظهر المنع من ذلك الامر الثاني انه لو جامعها في نوبه ضرتها عصى
بالاضرار ولكن ان جرى ذلك بالليل ففيه ثلثه اوجه احدها انه يقضي مثل تلك المده
ان طالت ولا يكلف الوقاع والثاني انه افسد تلك الليله فلو عاد النهار لا يعتد
به لان المقصود قد فات فيقضي تمام الليله وان عاد اليها والثالث انه يلزمه
قضا الوقاع في نوبه الموطوءه فقط وان جرى بالنهار احتمل الاقتصار على المعصيه
ويحتمل ان يجعل ذلك كالليل اما المقدار فاقله ليله ولو اراد ان يبعض
لم يجز لانه تبعيض العشره اذ تبتر الليل واما الاكثر فقد قال الشافعي واكره
مجاوزه الثلث اي يجوز ان يبيت ثلث ليال عند واحده وثلثا عند اخرى
فمنهم من قال لا يجاوز الثلث اذ لا مرد بعده ومنهم من قال يجوز الى السبع فانه
مده ملازمه البكر اولا ومنهم من قال لا يتقدر والاختيار الى الزوج وانما عليه
التسويه فقط ه فرع اذا فرق القسم على مقدار فالبدايه ينبغي ان يكون

بالقرعة وقيل هو الى خيرة الزوج لانه مالم يبت عند واحدة لا يلزمه للاخرى حق
الفصل الثالث في التفاضل وله سببان الاول الحرية فللحرة ليلتان
وللامة ليلة لما روى الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للحرة ثلثا القسم وللامة
الثلث وقال مالك تستوي بينهما وهو ضعيف للخبر ولان حق الامة فيه نقصان
وقد يتضرر بزوج ولدها فله الحذر من ذلك ۝ فرع لو طرى العتق عليها نظر
فان كان قد بدا بها فلها الليلتان وللامة ليلة فاذا عتقت في هذه الايام الثلثة اما
في نوبة الحرة او في نوبتها التحقت بالحرة الاصلية حتى تستحق استكمال اليومين
وان عتقت بعد تمام يومها اقتصرت على يومها وحينئذ التسوية بعد ذلك وان
بدا بها فعتقت قبل انقضاء يومها صارت كالحرة الاصلية وان عتقت بعد
انقضاء يومها فقد تم استحقاق الحرة ليومين بحيث توفيه اليومين ثم بعد ذلك
يسوي بينهما ۝ السبب الثاني تجدد النكاح فان نكح ثيبا فله ان يبيت
عندها ثلثا ولا يقضي للباقيات بل يسوي بعد ذلك ويبيت عند البكر سبعا
ثم يسوي بعد ذلك فان طلبت الثيب زيادة على الثلث فاجابها بطل حقها من الثلث
ووجب قضاء الجميع للباقيات لما روي انه صلى الله عليه وسلم تزوج ام سلمة رضي الله عنها
وبات عندها ثلثا فلما انقضت تعلقت به فقال عليه السلم ليس بك على اهلك هوان
ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت عندك ودرت
وشبه الاصحاب هذه المسالة بما لو استحق القصاص ص... من المرفق وقطع من الكوع
سقط حقه من ارش الساعد ولا خلاف انه لو اقام باختياره دون التماسها
لم يبطل حقها وبالغ الاصحاب في الاقتصار على الخبر فقالوا لا يبطل حقها الا في صورة
ورود الخبر حتى لا يبطل حق البكر من السبع اصلا وان استزادت ولا حق الثيب
ان اقام عندها خمسا بالتماسها لفهم السبع وليس يبعد عندي ان يعدى ذلك
معللا بحسم باب التحكم والاقتراح عليه فيطرد في جميع الصور لكن هذا ما وجدته
منقولا في المذهب ۝ فرع لو كانت الجديدة امة فلها مثل حق الحرة في الثلث

او السبع لان هذا تزاد لحصول الالفه والانس وذلك يتعلق بالطبع
بخلاف العنه فتسوى بينهما وفيه وجه انه يتنصف ثم سبيل التنصيف ها هنا
تنصيف الليله ولا يبالا بذلك بخلاف الاقرا في العده فانه لا يقبل التنصيف
الفصل الرابع في الظلم ووجوب القضا وفيه مسايل الاولى
لو كان تحته ثلث نسوه فبات عند اثنين عشرين ليله بالتسويه
فقد استحقت الثالثه عشر ليال فيقضيها على الولا وليس له ان يفرق
فيبيت عندها ليلتين وعند كل واحده ليله لان هذا حق مجتمع في ذمته
فليقضه من غير تاخير ومن ضرورته الولا فلو كانت المساله بحالها
فنكح جديده فلها السبع او الثلث ويشتغل بالقضا بعد ذلك لكن
لو اقام عند المظلومه عشر ليال صارت الجديده مظلومه فسبيله ان
يبيت عند المظلومه ثلث ليال وعند الجديده ليله حتى يمضي ثلث نوب
وقد وفاها تسع ليال واعترض اشكال وهو انه لو بات العاشره يقضا
ثم استانف القسم لم تعد النوبه الى الجديده الا في خمس ليال وذلك ظلم عليها
وقال الشيخ ابو محمد هذا القدر من الظلم ينبغي ان يحتمل للضروره وقال غيره
سبيل العدل اذا بات عندها العاشره ان يبيت عند الجديده بعده ثلث
ليله ثم يخرج الى صديق او مسجد بقيه الليل حتى يرتفع الظلم اذ يثبت بهذه
الليله للجديده مثل ما ثبت للاوليين وحصه كل واحده منهما من هذه الليله
الثلث ولها ايضا ثلث الليله فوفيها في ليله اخرى ويستقيم الحساب
من ليله وثلث الثانيه اذا بات عند واحده نصف ليله فاخرجه السلطان
او خرج قصدا يلزمه ان يبيت عند ضرتها نصف ليله ثم يخرج في مثل ذلك
الوقت الى صديق ويحتمل التنصيف في حق القضا ثم بعد ذلك يستانف الحساب
الثالثه اذا وهبت واحده نوبتها صحت الهبه ولها الرجوع منه
ساب في المستقبل فلو بات ليله بعد الرجوع وقبل بلوغ الخبر لم يلزمه القضا
كما لو اباح ثمار بستان ثم رجع فما ينتا ول قبل بلوغ الخبر فلا ضمان

فيه ومنهم من قال مسالة القسم تخرج على قولين في عزل الوكيل قبل بلوغ الخبر
بلغ فعلى الاول التى تهب نوبتها من واحده فليس للزوج ان يقول اسقطت حقك
فانا اصرف الليالى الى من شئت بل هو هبه بشرط قبول الاتباع وكذلك فعلت
سوده اذ وهبت نوبتها من عايشه رضى الله عنها فلو ابت الموهوب منها
للزوج ان يقهرها على ذلك اذ ليس هذه هبه منها حتى تفتقر الى القبول بل
هو هبه من الزوج ولذلك يجوز للزوج ان يمتنع ويبيت عند الواهبه فهذا
من قال العراقيون ان كانت نوبة الموهوب متصله بنوبة الواهبه بات عندها
ليلتين وان لم يكن فهل له ان يواصلها فيبيت عندها الليلتين فيه وجهان الصحيحه
الثانيه ان يقول وهبت منك مطلقا فقد صارت كالمعدومه فيسوى بين الباقيات
الصيغه الثالثه ان يقول وهبت منك فخصص من شئت منهن فالظاهر
انه ليس له التخصيص لان هذا يورث الغيظ بخلاف ما اذا وهبت من واحده
فرع اذا ظلمها بعشر ليال مثلا وجب القضا فان طلقها تعذر القضا وعصى
الظلمه الى القيمه فان راجعها وجب القضا فان ابانها ثم جدد النكاح وجب القضا
ايضا وقيل بنى على قولى عود الحنث وهو ضعيف لان المظلمه باقيه فلابد
من القضا وانما يمكن القضا اذا عادت وعنده تلك النسوه التى ظلمها بهن
فان نكح جديدات فلا يمكن القضا الا بظلم الجديدات فقد تعذر القضاه
الفصل الخامس في المسافره بهن فنقول من انشا سفرا في حاجه على قصد
الانصراف عند نجاز حاجته فعليه ان يقرع بينهن فاذا استصحب واحده بالقرعه
لم يلزمه قضا ايام السفر للمتخلفات لما روت عايشه رضى الله عنها ان النبى صلى
الله عليه وسلم كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسايه واستصحب واحده ولم يظهر
انه كان اذا [illegible] عاد يدور على النوبه فصار سقوط القضا من حيله حيث
السفر على خلاف القياس وقال ابو حنيفه يجب القضاه وهذه الرخصه وردت
مقرونه باربعه اوصاف مؤثره فلا يحذف منها الاول انه صلى الله عليه وسلم

اقوع فمن استصحب واحده بغير قرعه لزمه القضا وعصى بالتخصيص وهذا
كما انه لو اقام عند واحده لم يحسبها قضا للباقيات ان استبلت وان عن قبيم
ماتت فقد فات القضا ثم لا يعصي ان كان المرض مخوفا ولا ممرض سواه فان
كان مخوفا ولها ممرض سواه او لا ممرض ولكن ليس بمخوف ففي جواز الاقامه عندها
بهذا العذر وجهان الثاني ان لا يعزم على النقله فيحرم ان يعزم على النقله وخلف
نسايه لانه لا يطالب بالتخصص لكنها داعيه الطبع فاذا النقل انقطع ذلك
وان استصحب واحده ولو بالقرعه عصى ولزم القضا للباقيات وعليه الرجوع
وهل يلزمه القضا ايام الرجوع وهو مشتغل بامتثال الامر فيه وجهان والظاهر
وجوبه الثالث ان يكون السفر طويلا ليكون تعيبها ومشقه السفر في مقابله ما
فازت به من الصحبه فاما السفر القصير فهو بالتفرج اشبه فلا يسقط القضا
ولا يكون في معنى مورد الخبر وقال الشيخ ابو محمد يحتمل ان يلحق هذا بالرخص التي
يقيدها السفر القصير الرابع ان لا يشطر في مقصده الانجاز حاجته فان عزم الاقامه
بها مده لزمه قضا تلك الايام لان حكم السفر قد انقطع فهي متوحه فكيف تفوز
بالصحبه وان عزم الاقامه ولكن اقام يوما واحدا مثلا فهذا القدر تابع للسفر
فلا قضا فيه وان كنا نرى انه لا يترخص بالفطر وغيره وان طالت اقامته من غير
عزم ولكن في انتظار نجاز الحاجه ففي ترخصه خلاف فان قلنا يترخص فلا قضا
وان قلنا لا يترخص يلزمه القضا فروع الاول لو لزمه قضا ايام الاقامه ع داعه
بالعزم فاذا توجه للرجوع ففي لزوم قضا ايام الرجوع وجهان احدهما انه لا يجب
لان عزم الاقامه لا يوثر في ايام الاقامه والثاني انه يجب لانه انما سقط قضا ايام
الرجوع رخصه بشرط ان لا يكون له عزم اقامه فاذا عزم فقد افسد الرخصه
فيرجع الى القياس وقد قيل انه كما نقض العزم سقط عنه القضا وان لم ينهض
للرجوع وهو وجه ثالث ضعيف اما اذا عزم على الاقامه ثم انشا سفرا
اخر مستديرا وطنه فان لم يكن عزم عليه في اول السفر لزمه القضا لانه سفر
وطنه

بغير قرعه وان عزم عليه ففيه وجهان مرتبان على ايام الرجوع وهاهنا اولى
بوجوب القضا لانه فيه عمر متوجه الى الامساك بالرجوع وفي الثاني لو اسصحب
اثنتين بالقرعه فعليه التسويه بينهما في السفر فلو ظلم احداهما للاخرى قضى
لها من نوبتها اما في السفر واما في الحضر ولو اراد ان يخلف احداهما في بعض المنازل
بالقرعه جاز له ذلك ولو نكح في الطريق جديده خصصها بثلث او سبع ثم يعدل
بينها وبين المستصحبات ولو خرج وجده ثم نكح في الطريق لم يلزمه القضا للباقيات
لانه جدد حقها حيث لم يكن عليه التسويه فلا يظهر الميل بايثارها الثالث
لو كان تحته امراتان فنكح جديدة ثم خرجت القرعه على احداهما فسافر بها اندرج
حق الجديده المسافره في صحبه السفر اذا اختصت بها في السفر فان عاد الى
الوطن فهل يقضي الجديده المتخلفه فيه وجهان احدهما لا لان ايامها قد انقضت
والثاني نعم لان ذلك لازاله التوحش والتوحش قايم والتي في السفر قد انست
بصحبه السفر وهذا فيه اذا زفت اليه الجديدات ثم سافر اما اذا لم تزف
حق المتخلفه فلم يقطعاه **الفصل السادس في الشقاق بين الزوجين**
وله ثلثه احوال الاول ان يكون التعدي منها بالنشوز ومعنى نشوزها ان لا تمكن الزوج
وتعصي عليه بالامتناع عصيانا خارجا عن حد الدلال وكان بحيث لا يقدر
الزوج على حملها على الطاعه الا بتعب فان كانت تؤذيه بالشتم وبذاءه
اللسان وغير ذلك فليست ناشزه لكنها تستحق التاديب وهل له ان يؤديها
او يرفع امرها الى القاضي فيه تردد ثم حكم النشوز سقوط النفقه وتسلط
الزوج على ضربها للكتاب قال الله تعالى فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن
فمنهم من حمل على الجمع ومنهم من حمل على الترتيب والصحيح انه ان علم انه
انها تنزجر بالوعظ ومهاجره المضجع لم يكن الضرب وان علم ان ذلك لا
يزجرها جاز الضرب والاولى ترك الضرب بخلاف الولي فان الاولى ان لا يترك
الضرب لان مقصوده اصلاح الصبي لا حق الصبا وهذا يصلح زوجته لنفسه

في الصبي

ولذلك كان ضرب الزوج مقيدا بسلامة العاقبة ولو افضى الى فساد عضو
او زوج فعليه الضمان وله ان يضربها وان مكنته من الجماع ومنعته غير ذلك
من الاستمتاعات وهل يسقط نفقتها بمنع غير الوفاء فيه تردد والقرب مثال
فيه تسليم السيد الامة ليلا واستخدامها نهارا وذكرنا فيه خلافا الحالة
الثانية ان تكون التعدي منه بالضرب وسوء الخلق فلا يسلّ الا بالحيلولة حتى
يعود الى حسن المعاشرة واما يعول فيه على قولها او على قرائن احوال او شهادات
تدل عليه كما تستبرا حال الفاسق اذا اظهر التوبة فاما مجرد قولها فلا يعول عليه
الحالة الثالثة ان يشكل الامر فلا يدرى من المتعدي وقد قال الله تعالى فابعثوا
حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ومقصود الحكمين
ان يصلحا بينهما ان امكن او يفرقا وهما وكيلان من جهة الزوجين يتوقف تصرفهما على
اذنهما او هما موليان من جهة القاضي حتى ينفذ تفريقهما بالطلاق على الزوج والزام
المال على المراة عند استصوابهما الخلع فيه قولان القياس انهما وكيلان اذ يبعد دخول
الطلاق تحت الولاية والثاني انهما موليان لما روي ان عليا كرم الله وجهه بعث حكمين
بين الزوجين فقال اتدريان ما عليكما عليكما ان رايتما ان تفرقا وان رايتما
ان تجمعا ان تجمعا فقال الزوج اما الطلاق فلا فقال علي كذبت وبذل انما عليه سبيل
فان اذا كان مسخرا لا يسعد حكمه فكيف يسمى حكما فعلى هذا القول ان توافقا
لم يحل لهما التفريق وان غاب احدهما او سكت فهل يجوز التفريق وجهان منهم من شرط
لنفوذ حكمهما قيام الخصومة في الحال ثم لا بد على هذا القول في الحكمين من العدالة
والهداية الى المصالح ولا يشترط منصب الاجتهاد وكذلك في كل امر معين جزئي
يفوضه القاضي الى احاد الناس ولا يشترط ان يكونا من اهلهما بل ذلك اولى اذ اوجد
فانهما اعرف ببواطن احوال الزوجين

كتاب الخلع وفيه ابواب

الباب الاول في حقيقة الخلع ومعناه وفيه فصلان الاول في اثره في النكاح
والفاظه اما اثره ففيه قولان احدهما انه طلاق ويحوج الى التحليل اذا تكرر ثلاثا وهو
مذهب عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ومذهب ابي حنيفة والمزني والثاني وهو
القديم والمنصوص في الخلاف انه فسخ وحقيقة ذلك الخلاف راجع الى ان النكاح
هل يقبل الفسخ تراضيا فعلى قول يقبل قياسا على البيع ثم الفاظه ثلاثة الخلع والفسخ والمفاداة

اما لفظ الخلع فصريح في الفسخ على هذا القول ولا يحتاج الى النيه لانه شاع في
لسان حملة الشريعه لارادة الفسخ وتكرر فصار كلفظ الفراق
والسراح الذي تكرر في القران اما الذي شاع في لسان العامه كقوله
حلال الله علي حرام فهل يصير صريحا في الطلاق وفيه خلاف ظاهر واما لفظ
الفسخ فالظاهر انه صريح في مقصود الفسخ لانه لا يحتاج الى النيه وفيه
وجه بعيد انه يحتاج الى النيه خلاف لفظ الخلع لان ذلك تكرر على لسان
حملة الشريعه ولفظ الفسخ في النكاح غير مستعمل الا اذا جرى عيب
او سبب اما لفظ المفاداه ففيه وجهان احدهما انه ورد به القران
في قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ولا غرض لم يتكرر وعن الخلاف
في لفظ الامساك في الرجعه ولفظ الفك في العتاق فكان الصريح
قطعا لفظ متكرر في القران او متكرر على لسان حملة الشريعه اما
ما تكرر على لسان العامه او ورد به القران ولم يتكرر ففيه خلاف
فاذا جعلنا الخلع صريحا في الفسخ على هذا القول فلو نوى به الطلاق
لم يصر طلاقا على الاظهر لانه وجد نفاذا في موضوعه صريحا
فلا يؤثر فيه النيه كما لو نوى الطلاق بلفظ الظهار فانه لا يصير طلاقا
وفيه خلاف فاما لو قال انت علي حرام ونوى به الطلاق فانه يقع به الطلاق
وان كان مطلق هذا القول صريحا في التزام الكفاره لكنه لا اختصاص له
بالنكاح اذ يجري في الامه المملوكه ولفظ الخلع خاص بالنكاح
فاما اذا قدر الزوج على فسخ النكاح بعيبها مثلا فقال فسخت ونوى
به الطلاق فيحتمل ان لا ينصرف الى الطلاق لانه وجد نفاذا فيما هو صريح
فيه وقال القاضي يقع الطلاق لانه لا اختصاص للفظ الفسخ بالنكاح

لم يتكرر ... الخلع ... (marginal note, partly illegible)

يحتمل ان ينصرف الى الطلاق واما اذا فرعنا على الصحيح وهو ان النكاح
لا يقبل الفسخ فلفظ الفسخ كناية في الطلاق وفي لفظ المفاداة وجهان كما سبق
على قول الفسخ وفي لفظ الخلع قولان احدهما انه كناية لان صرائح الطلاق
ثلاثة وهو الذي تكرر في القران الفراق والسراح والطلاق
والثاني وهو الذي نص عليه في الاملاء انه صريح لانه تكرر في لسان حملة
الشريعة لارادة الفراق فيلتحق بالمذكور في القران ومنهم من قال ماخذه ان ذكر
المال هل ينتصب قرينة في الحاق الكناية بالصريح حتى لو خلا عن ذكر المال كان
كناية قطعا وهذا الماخذ ضعيف اذ قرينة الغضب والسؤال وغيره لا تغير
الكنايات عند الشافعي رحمه الله وقد لا تكون قرينة المال اما اذا جرى الخلع من غير ذكر المال
مطلقة هل ينزل على اقتضاء المال فيه وجهان احدهما نعم لاقتضاء العرف ذلك
والثاني لا لانه لم يتلفظ به وتجري الخلاف فيما لو قال زوجتك على ان تنكح ولم يشترط الزوج انه
هل يستحق اجرة المثل واختيار القاضي انه يقتضي المال تشبيها للخلع بالنكاح وتعليله
بالعرف اولى من التشبيه بالنكاح المخصوص بالتعبد فان قلنا يقتضي المال وهو
الصحيح فالثابت هو مهر المثل ان جعلناه فسخا او صريحا في الطلاق وان جعلناه
كناية في الطلاق ونوى فهو كالصريح وان لم ينو لغا ولم يؤثر واما اذا قلنا
لا يقتضي المال فان جعلناه فسخا لغا اذ لا فسخ الا على عوض وان جعلناه طلاقا صريحا
او جرت النية فهو طلاق رجعي اذ لا مال ولا تنفذ الا بالقبول احدهما ان الرجعي لا يفتقر
الى قبولها فهذا هل يفتقر فيه وجهان احدهما لا لانه لا مال والثاني نعم لان اللفظ
يستدعي القبول ولا يبعد ذلك فانه لو خالع السفيهة لم ينفذ الا بقبولها ثم يكون
الطلاق رجعيا اذ لا يصح التزامها المال وهذا انما يظهر في قوله خالعتك فلو قال
خلعتك فيبعد انتظار القبول وعند الزوال خالعتك ولم يظهر التماس جوابها
فيكون كقوله قاطعتك وفارقتك **الامر الثاني** اذا اضمر الرجل
فيبعد ايقاع الطلاق من غير مال فيه وجهان احدهما انه لا اثر لنيته المال فهو
كما لو لم ينو والثاني انه يؤثر حتى لا يقع من غير قبول المال وانما يثبت المال اذا
نويا جميعا المال فان لم تنو المراة فلا يقع الطلاق واصل هذا ان هذه الالفاظ

والاولى في الفتاوى ان يجعل الخلع طلاقا و يجعل صريحا فيه و يحمل الحال على العوض
مقتضيا للعوض بحكم العرف و يجعله صريحا ايضا و يطرح نية الاحتمالات
وان كان لها بعض الاتجاه اما جعل الخلع فسخا فبعيد في المذهب والقياس
اذ لا خلاف ان الزوج لا يستقل بالفسخ ولو قبل النكاح الفسخ لكان لا يمتنع
تشبيها كما لا يمتنع الطلاق وفيه ابطال حقها ولانه لا خلاف ان الخلع قبل
المسيس مشطر وانه يجوز ايراده على عوض جديد وكل ذلك يناقض معنى الفسخ

الفصل الثاني في نسبة الخلع الى المعاملات ان جعلناه فسخا

فهو معاوضة محضة لشبهه بالنكاح وان جعلناه طلاقا وجوزنا الطلاق على
مال فهو من جانب الزوج تعليق فيه شائبة المعاوضات ومن جانبها
معاوضة محضة فيها مشابهة الجعالة فلا نعني بذلك ان الحكم الواحد تركب
من اصلين فان ذلك متناقض بل نجري بعض الاحكام على قاعدة التعليق
وبعضها على قانون المعاوضة ونشرح ذلك من جانبه تستدعي تفصيل
الصيغ وله صيغ الاولى صيغة المعاوضة وهو ان يقول طلقتك على الف
او انت طالق على الف فيقتضي هذه الصيغة قضية المعاوضات ويظهر ذلك
في اربعة امور احدها انه لو رجع قبل قبولها لم يقع الطلاق كما في البيع والثاني انه
لا بد من قبولها باللفظ والثالث انه لا بد من القبول في المجلس على الاتصال والرابع
انه لو قال طلقتك ثلاثا على الف فقالت قبلت واحدة على ثلث الالف لم يقع كما اذا
قال بعتك هذا العبد بالف فقال قبلت ثلثه بثلث الالف فلا يصح ولو قبلت واحدة
على تمام الالف فالاصح انه يقع لانها زادت في العوض وليس اليها عدد الطلاق
بخلاف ما لو باع عبدين بالف فقبل احدهما بالالف فان الاصح فيه انه لا يصح لان الملك مقصود
للمشتري والطلاق لا يدخل في ملكها ثم قال ابن الحداد لا يقع الا واحدة لانها لم تقبل
الا واحدة وقال القفال يقع الثلاث لان قبولها يعتبر للعوض فقط ثم الصحيح انه يستحق
المسمى وعن ابن سريج انه يستحق مهر المثل الصيغة الثالثة ان يصرح
بالتعليق فيقول متى اعطيتني الفا فانت طالق فهذا تعليق محض من جانبه فلا يحتاج
الى قبولها لفظا ولا الى الاعطاء في المجلس وليس له الرجوع قبل الاعطاء ٥ ٥

الصيغة الثالثة ان يقول ان اعطيتني الفا فانت طالق فلا يصح رجوعه ولا
يفتقر الى قبولها لفظا ولكن يختص الاعطا بالمجلس لان قوله متى
ما صرح في جواز التاخير وهذا متردد وقرينة العوض تشعر بالاستعجال
في المجلس فتختص به فلا تطلق بالاعطا بعد ذلك اما جانب المراة فاختلفوا
معاوضة نازعة الى الجعالة لان الطلاق ليس اليها حتى يتطرق الجانبها شايبة
التعليق واما انها تبذل المال في مقابلة ما يستقل الزوج به ان شا وفايدة
هذا ان لها الرجوع في جميع الصور قبل الجواب حتى لو ابتدأت بصيغة التعليق
فقالت ان طلقتني فلك الف ثم رجعت قبل القبول جاز ويختص الجواب ايضا
بالمجلس فلو طلقها بعد ذلك لم يلزمها العوض حتى لو قالت متى طلقتني فلك
الف فطلقها بعد ذلك بمدة حمل ذلك على الاستقلال لا على الجواب
لانه قادر على الابتدا وانما ينصرف الى الجواب بقرينة التخاطب المعتاد
في المجلس واما نزوعها الى الجعالة يظهر في شيئين احدهما انه احتمل صيغة
التعليق منها بان تقول ان طلقتني فلك الف كما تقول ان رددت عبدي الابق
لانها التمست ما يستقل الزوج به ويحتمل التعليق بالاعواض الثاني
انها لو قالت طلقني ثلاثا على الف فقال طلقتك واحدة استحق الثلث كما
اذا قال ان رددت عبيدي الثلثة فلك الف فرد واحدا استحق ثلث
الالف وكذلك لو قالتا طلقنا على الف فطلق واحدة استحق نصف الالف
وهذا خلاف ما لو قال الرجل طلقتك ثلاثا بالف فقالت قبلت واحدة على ثلث
الالف لم يقع الطلاق لانا نلتفت به صيغة المعاوضة وما انت به صيغة الجعالة
فالتحق بها ولو قال الزوج ابتدا خالعتكما على الف وقبلت واحدة منهما
لم يصح لان الجواب لم يوافق الخطاب خلاف ما اذا قالتا طلقنا فاجاب احداهما
لان ذلك ماخوذ من الجعالة وكذلك اذا باع عبدا من رجلين فاجاب احدهما
وقبل النصف لم يصح على المذهب وان تشبث اصحاب الخلاف بصحة فيه ولو
قال خالعتك وضرتك فقبلت صح لانها العاقدة وحدها وانما المتعدد

شايبة

المعقود ولو تخلل بين ايجاب الخلع وقبوله كلام يسير لم يضر وقد قال الشافعي رضي الله عنه لو قالتا طلقنا وارتدتا فاجابهما ثم عادتا الى الاسلام تم الخلع وان تخلل كلام الردة الا ان هذا كلام من المخاطب بعد تمام خطابه وانما النظر في كلام القابل بعد الايجاب وقبل القبول ٥

الباب الثاني في اركان الخلع وهي خمسة الصيغة والعاقدان والعوضان واذا تطرق الخلل الى واحد منهما فسد الخلع ومعنى فساده ان يمتنع وقوع الطلاق ولفظ البطلان بهذا احق او ينقلب الطلاق رجعيا او تنعقد البينونة وتفسد العوض ولفظ الفساد بهذا احق وتفصيله بشرح الاركان ٥ الركن الاول الموجب وشرطه ان يكون مستقلا بالطلاق فخلع الصبي والمجنون باطل وخلع العبد صحيح والعوض يدخل في ملك سيده فهو كالاكتساب وخلع المحجور عليه بالفلس او بالسفه صحيح لان طلاقهما نفذ من غير مال فهو مع المال اولى ولا حجر عليهما في مقدار العوض وان نقص عن مهر المثل اذ ينفذ طلاقهم مجانا الا ان المختلعة من السفيه لا تبرأ عن العوض الا بالتسليم الى الولي فان سلمت الى السفيه لا تبرأ ٥ الركن الثاني القابل وشرطه ان يكون اهلا لالتزام المال غير محجور عليه واسباب الحجر خمسة الاول الرق فاذا اختلعت الامة باذن سيدها بعين ماله صح واستحق الزوج عين المال وان اختلعت بدين هل يكون السيد ضامنا بالاذن فيه خلاف كما في نكاح العبد وان استقلت بالاختلاع فسد الخلع ونفذت البينونة وتعلق مهر المثل بذمتها تطالب به اذا اعتقت وفيه وجه انها تطالب بالمسمى اذا اعتقت ويصح المسمى وهو ملتفت على الوجه المذكور في صحة شرا العبد وضمانه وتعلقه بذمته ٥ السبب الثاني حجر المكاتبة والتزامها المال في الخلع تبرع فان استقلت فهي كالامة وان اختلعت باذن السيد بني على ان تبرعها هل ينفذ باذن السيد وانما جعل تبرعا لانه لم يحصل في مقابلته مال

السفيهه ولو ع

السبب الثالث الحجر بالسفه فاذا اختلعت السفيهه باذن الولي لم يلتزم المال للحجر واتبع الخلع ونفذ الطلاق رجعيا اذا قبلت لان لفظها صحيح في القبول ولا بد من القبول لاقتضاء الصيغة ذلك ه السبب الرابع الحجر بالصبى والاصح اختلاع الصبيه فاسد لفساد لفظها في القبول بخلاف السفيهه ومنهم من قال يقع الطلاق وها هنا ايضا رجعيا ويكون كما لو قال للصبيه ان شئت فقالت شئت لان قبول السفيهه ايضا ساقط في الالتزام ه السبب الخامس الحجر بالمرض ويجوز اختلاع المريضه بمهر المثل ولا يحسب من الثلث اذ غايتها انها صرفت المال الى اغراضها في حياتها ولها ذلك بخلاف السفيهه والمكاتبه وهو كما لو نكح المريض ابكارا بمهور امثالهن وهو مستغن عنهن جاز ذلك اما الزياده على مهر المثل فيحسب من الثلث وقال ابو حنيفه رحمه الله اصل المهر يحسب من الثلث ه الركن الثالث المعوض وهو البضع وشرطه ان يكون مملوكا للزوج فلا يجوز مخالعة المختلعه والرجعيه بعد العده اذ لا ملك ووافق على هذا ابو حنيفه رحمه الله وان خالف في لحوق الطلاق اياها واما المرتده بعد المسيس اذا خالعها ثم عادت الى الاسلام قبل العده وان اصرت تبين الفساد وله التفات على وقف العقود واما الرجعيه ففي مخالعتها قولان احدهما يصح لان الملك قائم والثاني لا لانها جاريه الى البينونه والطلقه الثانيه لا تفيد في حقها امرا جديدا فيقع طلاقا رجعيا كما في السفيهه وفيه وجه اخر انه يصح مخالعتها بالثالثه دون الثانيه اذ الثانيه لا تفيدها شيئا جديدا وهو بعيد ه الركن الرابع العوض وشرطه ان يكون متمولا معلوما وبالجمله فيشترط فيه شرائط المبيع والثمن فان خالع على مجهول فسد العوض ونفذت البينونه والرجوع الى مهر المثل وان خالع على خمر او خنزير او مغصوب او حر مما يقصد وهو معلوم فسد العوض والرجوع الى القيمه او مهر المثل فيه قولان كما ذكرناه في الصداق ولو خالع على دم وقع الطلاق رجعيا لان ذلك لا يقصد بحال والميته كالخمر لا كالدم فانها قد يقصد لطعمة الجوارح والتفصيل في هذا كالتفصيل في الصداق

قال ه

ه

في قول العراقي في الصداق

فرع اذا قال خالعتك على ما في كفي فيصح الخلع ان كان معلوماً سمع الغايب وقال (؟) ويزل م

عاماً في كفها وان لم يصح فسد العوض والرجوع الى مهر المثل او يرجع الى قيمته اصلاً ٥

لان لا وجه للرجوع الى القيمه الرضا بالماليه والرضا بالمجهول لا يتصور وقال ابو حنيفه

رحمه الله ان لم يكن في كفها شي نزل على ثلثه دراهم ولعله يقول معناه ما في كفها المقبوض شي ٤

من عقود الحساب وليس فيه الا انه اذ لا معنى لقبض الابهام والسبابه في الحساب

تم برا تنزيله على الاعداد على العقد اولا ومن المعهود على الادنا وهو الدراهم والوجه

نفيذه رجعيا فاما ذكره وان تكلفناه حملا فهو تعسف ظاهر ومما

يتعلق بالعوض موافقه الوكيل ومخالفته والنظر في وكيله ووكيلها اما وكيله فان

قال له خالع بما به فخالع بها او بما فوقه صح وان نقص لم يقع الطلاق لمخالفته وان

قال خالع مطلقا نفذ خلعه بمهر المثل فما فوقه فان نقص فالنص في الاملا انه

لا يطلق لانه اذن مطلقا فيتناول ذلك بعمومه واما من في السع على ثمن المثل

للعرف الجاري في عقود الاموال اذ لا مقصود فيها سوى الماليه وفيه قول مخرج

انه يطلق كما لو عين المقدار وله اتجاه في مساله تعين المقدار قول مخرج من هذه

المساله انه لا يطلق كما لو عين المقدار وله اتجاه وفي مساله تعين المقدار

قول وان نقص وهو ضعيف فان فرعنا على النص وهو انه لا يطلق فما الذي يحصل

فيه طريقان احدهما ذكره الشيخ ابو على ان للزوج الخيار ولكن في تخييره قولان

احدهما ان معناه ان رضي بذلك نفذ وقنع بالمسمى والا امتنع الطلاق ولا يبعد ان

يوخذ هذا من وقف العقود بل ما خذه ان لفظه عام وله ان يقول اردت به مهر

المثل وعلامه ذلك ان لا يرضى بالمسمى فان رضي بالمسمى فكانه اراد ذلك بالعموم

والقول الثاني انه ان شا قنع بالمسمى والا صار الطلاق رجعيا وامتنع العوض اصلا

اذ رد الطلاق بعد نفوذه بعيد وتكليفها مهر المثل وما رضيت الا بالمسمى بعيد

الطريقه الثانيه نقل المزني قولين على وجه اخر احدهما انه لا خيار له

الا بين المسمى ومهر المثل فاما الطلاق فلا خيار له فيه والثاني انه لا خيار له

اصلا بل فسد العوض والرجوع الى مهر المثل وهذه الطريقه

اقيس ويتحصل من هذه الاختلافات خمسة اقوال اذا اختلعت اما وكيلها بالاختلاع بمائة ان وافق او نقص صح وان زاد فالنص وقوع البينونة واختيار المزني رحمه الله انه لا يقع وهو القياس لانه خالف ولم يجعل اختياره تخريجا مع اتجاهه ثم فيما يلزمها على النص قولان احدهما انه يفسد المسمى واللازم مهر المثل والثاني يلزمها ما سمت وزيادة الوكيل ايضا يلزمها الا ما جاوز من زيادته مهر المثل فانها لا يلزم هذا اذا اضاف الوكيل الاختلاع الى مالها فان اضاف الى نفسه نفذ ولزم الوكيل تمام ما سمى وليس عليها شي لان اختلاع الاجنبي لنفسه صحيح وان اطلق الوكيل ولم يضف اليها ولا الى نفسه فالبينونة حاصلة على النص وفيما يلزمها قولان احدهما ان عليها ما سمت والزيادة على الوكيل وكانه افتداها بما سمت وزيادة من عند نفسه والثاني ان الزيادة عليها ايضا ما لم يجاوز مهر المثل فاذا جاوز مهر المثل فهو على الوكيل وقياس مذهب المزني صحة الخلع عن الاجنبي وانصرافه عنها كالوكيل بالشرى بمائة اذا زاد فانه يقع عنه اذا لم يصرح بالاضافة الى الموكل المال اليها وصحح قال الصيدلاني هو كما لو اطلق الوكيل وهذا ضعيف بل الاضافة اذا افسدت فالضمان المرتب عليها لا يصح ولا يوثر فيها هذا كله اذا عين مائة فان اذنت مطلقا فقطع الاصحاب بان ذلك كالمقدر بمهر المثل والمصرح به هذا كله في المخالفة بالمقدار فلو خالف في الجنس بان قالت اختلعني بالدراهم فاختلع بالدنانير قال القاضي انصرف الخلع عنها لانها مخالفة بخلاف ما اذا زاد فانه اتى بما امرت وزيادة وهذا يوكد اختيار المزني رحمه الله لان الفساد ها هنا ايضا في العوض

الركن الخامس الصيغة وفيه مسايل احداها انه لو قال طلقتك بدينار على ان لي الرجعة ففي المسالة قولان احدهما وهو الذي نقله المزني رحمه الله ان العوض يسقط وينفذ الطلاق رجعيا اذ لا يجمع بين العوض والرجعة والعوض هو المحتاج الى الاثبات دون الرجعة فيندفع بذكر الرجعة والثاني وهو القياس وقد نقله الربيع رحمه الله واختيار المزني ان العوض يفسد لاقتران الشرط به

وبعد البينونه على مهر المثل لان دفع الرجعة اهون من دفع البينونه ٥ الثانيه المراه تتوكل في الاختلاع وهل تتوكل في الخلع فيه وجهان ووجه المنع انها لا تقدر على الاستقلال بالخلع ويجري الخلاف في توكيلها بالطلاق مع انه لا خلاف انه لو قال لها زوجها طلقي نفسك فقالت طلقت نفذ ولكن تمليك هو او توكيل فيه خلاف

الثالثه الوكيل بالخلع هل يتولى طرفي الخلع فيه وجهان ومن جوز ذلك على خلاف البيع والنكاح علل ان الخلع يكفي فيه اللفظ من احد الجانبين فانه لو قال ان اعطيتني الفا فانت طالق فاعطته حصلت البينونه ٥ الرابعه لو خالعها على ان ترضع ولده حولين كاملين صح الاستيجار والخلع ولو اضاف اليه الحضانه جاز ولو اضاف اليه نفقه عشر سنين مثلا وقدره ووضعه بحيث يجوز فيه السلم انبنا على جواز الجمع بين صفقتين مختلفتين فان افسدنا فالرجوع الى مهر المثل او الى بدل هذه الاشيا فعلى قولين ومنهم من قطع هاهنا بان الرجوع الى مهر المثل اذ لو جوزنا الرجوع الى الابدال مختلفه لصححنا العقد على ابدال مختلفه ومنهم من قال فان لم نصحح الجمع بين صفقتين مختلفتين جوزنا هاهنا لان النفقه هاهنا تابعه للحضانه غير مقصوده التفريع ان صححنا وعاش الولد استوفاه فان كان زهيدا فالزياده للزوج وان كان رغيبا فالزياده على الزوج ولو مات في وسط المده فلا يخفى حكم تفريق الصفقه بسبب الانفساخ في البعض ووجه التفريع عليه ٥ الباب الثالث في موجب الفاظ الزوج في التزام العوض وتسليمه وفيه فصول الاول الالفاظ الملزمه وحكمها وفيه مسايل الاولى ان الملتزم بالصريح قوله انت طالق على الف او طلقتك على الف فلو قال انت طالق ولي عليك الف وقع الطلاق رجعيا لانها صيغه اخبار لا صيغة التزام وقوله انت طالق مستقل فينفذ ويلغوا قوله ولي عليك الف كما لو قال وعليك حجة فلو قال اردت ما يقوله بريد به القايل بقوله انت طالق على الف لم يقبل لان اللفظ لا يصلح له فلو توافقا على انه قصد ذلك فمن الاصحاب من قال يرد عليه ويلزم الالف ومنهم من قال لا اثر للتوافق اذ اللفظ غير صالح له واما اذا قال انت طالق على ان لي عليك الفا فظاهر هذا انه شرط والطلاق لا يقبل الشرط فيلغوا ولكنه لو قال اردت الالزام فهذا ادل على الالزام من الصيغه الاولى ولكن

بلغ ... [illegible]

معناه الطلاق ... لا يقبل ... الشرط ... الفا ... للشرط

قال صاحب التقريب لا يقبل وفي كلام غيره ما يدل على القبول وإن قال عنيت أنت
طالق إن ضمنت لي ألفا قُبل وذلك لو صرح به لاقتضى ضمانا في المجلس كالتعليق بالإعطاء
إلا أن يقول أنت طالق متى ضمنت لي ألفا فإن ذلك لا يختص بالمجلس ولو قال أمرك بيدك طلقي
نفسك إن ضمنت لي ألفا فإن جعلنا التفويض تمليكا اختص الجواب بالمجلس وإن جعلناه توكيلا
لم يختص ثم سبيلها أن تقول ضمنت الألف وطلقت أو طلقت وضمنت فيقع الطلاق والضمان
معا. **المسألة الثانية** ذكرنا أن الجواب يختص بالمجلس فيما يستدعي الجواب فلو
قال إن أعطيتني أو إذا أديت إلي أو أقبضتني لم يستدع الجواب باللفظ واختص بالمجلس
تقريبه العوض وفيه وجه بعيد أنه لا يختص كالتعليقات كلها وكذلك إذا قال أنت
طالق إن شئت اختص الجواب بالمجلس لأن التعليق بالمشيئة يشبه استدعاء جواب
وقبول وكذلك لو قال أنت طالق على ألف إن شئت فقالت شئت وقبلت اختص بالمجلس وصح
ويكفي قولها شئت أو قبلت إذ أحدهما يؤدي المعنيين جميعا وفيه وجه أنه لا بد منهما
جميعا ويلزم عليه تجويز الرجوع قبل القبول لأنه تغلب فيه مشابهة المعاوضات ولو قالت
المرأة طلقني على ألف فقال أنت طالق على ألف إن شئت لم يكن جوابا بل كان كلاما مستأنفا
يستدعي جوابا مستأنفا.

الفصل الثاني في حكم الإعطاء

فنقول إذا قال إن أعطيتني ألفا فأنت طالق فالإعطاء هو أن تضع بين يديه وليس يشترط قبضه باليد
إلا إذا قال إن أقبضتني فلا بد من قبضه عند ذلك ثم إذا وضعت بين يديه وقع الطلاق ودخل
في ملك الزوج ولم يجز لها الرجوع وفي دخوله في ملك الرجل من غير لفظ منها إشكال يزيد على
المعاطاة لأنها لم تملكه ولا استوفي منها التزام القبول إذ لا يشترط القبول لكن المذهب
ما ذكرناه وسببه أن التعليق يقتضي وقوع الطلاق عند الإعطاء ثم لا يمكن إيقاعه
مجانا مع قصد العوض فيدخل في ملكه لضرورة وقوع الطلاق وعن هذا الإشكال
حكى الشيخ أبو علي وجها أن الطلاق يقع ويرد المعطى عليها ويلزمها مهر المثل وهذا
منقاس ولكنه غريب وهذا الوجه يجري في قوله إن ضمنت لي ألفا فأنت طالق لأنها إذا
قالت ضمنت وقع الطلاق بحكم التعليق ولذلك يتصور تأخيره عن المجلس ولزومه
بمجرد قولها ضمنت مشكل كدخوله في ملكه بمجرد الإعطاء. أما إذا قال إن أقبضتني
ألفا فأنت طالق فطلقت بالإقباض طلاقا رجعيا ولم يملكه الزوج لأن الإعطاء ينبئ عن
الملك دون الإقباض ومنهم من ألحق الإقباض بالإعطاء في اقتضاء الملك ثم من حكم
التعليق أيضا أنه لو قال إن أعطيتني ألفا فأنت طالق فأعطت ألفين طلقت وملك الزوج

الفالان الالفين تستعمل على الالف وقد وحذف الصفه بخلاف ما اذا قال خالعتك
بالف فقالت قبلت بالفين لم يصح لان جوابها لم يوافق الخطاب ٥ الفصل الثالث
في التعليق بالنقد وفيه مسايل الاولى اذا قال ان اعطيتني الف درهم فانت طالق وفي
البلد نقود مختلفه كلها نقره خالصه لكن الغالب في المعامله واحد فاتت
بالغالب طلقت وملك الزوج ولو اتت بغير الغالب طلقت ولم يملك
الزوج بل يجب ابداله بالغالب وانما يطلق لعموم لفظ التعليق والعرف
انما يوثر في المعاملات اما التعليق فلا يقع غالبا حتى يوثر العرف في تغيير
العموم ولذلك لا يوثر في الاقرار حتى لو قال علي الف فله ان يسلم كلما يطلق
عليه الاسم لان الموجب هو المخبر عنه وذلك مجهول فكيف يحكم العرف فيه نعم لو
قال انت طالق على الف نزل على الغالب لان هذه معامله فتفارق التعليق والاقرار
ونقل الاشكال في انه وجب ابداله بالغالب وسببه ان ملك الزوج من حكم
المعامله فنزل على الغالب وعند هذا اذا زوجه النسخ ابي علي في الرجوع الى مهر
المثل اوجه لانه ان لم يكن المعطي هو المراد فلم طلقت وان كان هو المراد فلم
يجب الابدال وان جاز الابدال فالرجوع الى مهر المثل اولى وقد قال الشافعي رحمه الله
لو كان الالف الغالب معيبا فاذا جاءت به طلقت ورجع الزوج عليها بالتسليم
وهذا يزيد في الاشكال الذي ذكرناه ٥ المسأله الثانيه اذا كان في البلد
دراهم ناقصه في الوزن عليها التعامل بالعدد وهي نقره خالصه فلفظ الاقرار
والتعليق لا ينزل عليها بل على الوازنه الكامله لان العرف لا يوثر فيها نعم مطلق البيع
هل ينزل عليها فيه وجهان احدهما نعم لعرف المعامله والثاني لا لان اللفظ صريح في
الوازنه التامه والعرف لا يغير الصريح وانما يخصص العموم عند شمول اللفظ
نعم لو فسر الاقرار بالناقصه هل يقبل فيه وجهان وكذا تفسير المعلق بالمعتاد
فيه وجهان وكما جرى في التعليق في العدديه الزايده اما الناقصه فيقبل التفسير
من المعلق به لانه توسيع لباب الطلاق ٥ المسأله الثالثه اذا كان

الغالب دراهم مغشوشة فلا يدل علينا اقرار وتعليق لكن يصح المعامله
عليها ان كان قدر النقره معلوما وان كان مجهولا ففي صحه المعامله على اعيانها
وجهان والصحيح انه يقبل تفسير المقر بها اذا غلبت في المعامله الفصل
الرابع في التعليق باعطا عبد او ثوب وفيه مسايل الاولى اذا قال ان
اعطيتني عبدا من صفته كيت وكيت ووصفه الى حد يجوز السلم فيه فاذا اتت
بمثله طلقت ودخل في ملكه اما اذا قال ان اعطيتني عبدا واقتصر
فمهما اتت بعبد سليم او معيب كيف ما كان طلقت والرجوع الى مهر المثل لانه
مجهول ولا يمكن الرجوع الى قيمته وان اتت بعبد مغصوب ففي وقوع الطلاق
وجهان احدهما يقع لحصول الاسم ولان الرجوع الى مهر المثل ولا معنى لاشتراط الملك
والثاني لا يقع لان لفظ الاعطا ينبي عما تقدر المراة على اعطايه التفريع
ان شرطنا الملك فقال ان اعطيتني خمرا فاسطالق فهل تكون الخمرة المغصوبة كالتي
لم تغصب فيه تردد من حيث ان الملك غير متصور فيها لكن الاختصاص الممكن
فيها لا يبعد ان يعتبر المساله الثانيه اذا عين عبدا فقال ان اعطيتني
هذا العبد وقع الطلاق باعطايه وملكه وان كان معيبا طلقت بحكم التعليق
ولكن ترد عليها وترجع الى قيمه السليم او الى مهر المثل على اختلاف القولين
وان خرج مستحقا قال ابن ابي هريره تبين ان الطلاق غير واقع لانه غير قابل
للاعطا وقال القاضي طلقت والرجوع الى البدل لانها اعطت ما عينه الزوج
فلو صرح وقال ان اعطيتني هذا العبد المغصوب فوجهان مرتبان واولى بوقوع
الطلاق لتصريحه به ثم اذا صححنا رجع الى مهر المثل وفيه وجه انه يقع الطلاق
رجعيا لانه قنع بغير شي وقيل يطرد هذا فيما لو قال ان اعطيتني خمرا وهو بعيد
في المذهب اما اذا قال ان اعطيتني هذا الحر فالظاهر ان الطلاق يقع باعطايه
رجعيا لان الصيغه فاسده لا تصلح لطلب العوض وقيل ان ذلك كالمغصوب
والخمر المساله الثالثه لو قال ان اعطيتني هذا الثوب وهو مروي
فسلمت فاذا هو هروي لم يطلق لعدم الشرط اما اذا قال ان اعطيتني هذا
الثوب المروي فاذا هو هروي ففيه تردد لانه متردد بين صيغه الشرط
والاخبار على وجه خطا فان لم نجعله شرطا وقع الطلاق بتسليمه ولو قال
خالعتك على هذا الثوب على انه هروي فاذا هو مروي وقعت البينونه بتسليمه

[illegible]

في
وجد الوصف ولم يوجد لكنه ان اخلف الوصف يستحق الخلف عن المهر وفايدته
الرجوع الى مهر المثل او بدله

الباب الرابع في سوال الطلاق

وفيه فصول الفصل الاول في الفاظها في الالتماس وفيه مسايل الاولى اذا قالت متى
ما طلقتني فلك الف اختص الجواب بالمجلس بخلاف قول الزوج متى ما اعطيتني
الفا فانت طالق فانها تطلق وان اعطته في غير المجلس لان الغالب على جانبه التعليق
وعلى جانبها المعاوضة فلذلك افترقا الثانية لو قالت ان طلقتني فانت
بري من الصداق فقال طلقتك نفذ رجعيا ولم يبرء عن الصداق لان تعليق الابرا
لا يصح وطلاق الزوج طمعا في البراة من غير لفظ صحيح منها في الالتزام لم يوجب عليها
شيا الثالثة اذا قالت طلقني ولك علي الف فطلقها لزمها الالف وهذه
الصيغة منها تصلح للالتزام بخلاف ما لو قال طلقتك ولي عليك الف فان ذلك
لا يصلح لالزامها فيحمل على الاخبار وقال ابو حنيفه رحمه الله لا يلزمها
المال بذلك وسوا فيه بين الزوجين ولاصحابنا وجه يوافق مذهبه وما
طرد واذ لك الوجه في الجعاله بل هذه الصيغة تلزمه في الجعاله ولو
قال بعني ولك علي الف فقد قيل ان ذلك كالخلع والجعاله وقيل لا يحتمل
ذلك في البيع الرابعة لو قالت طلقني على الف فقال طلقتك ولم
يذكر المال فان قال لم اقصد الجواب قبل وفايدته ثبوت الرجعة بخلاف
ما اذا قيل له اطلقت زوجتك فقال نعم ثم قال لم اقصد الجواب لم يقبل
لان قوله نعم لا يستقل بنفسه فتعين للجواب وكذلك مجرد قوله
اسرحت دون ذكر المال يتعين للجواب مهما قال له بعت منك
الخامسة اذا صدر منها كناية كقولها ابني وقوله ابنتك
فان نويا نفذ وان لم ينويا لغا وان نوت دونه لم ينفذ لان اعتماد السونه
على جانبه وان نوى دونها نظر فان جرى ذكر المال من الجانبين لم ينفذ لانه
لا يصلح للالتزام من غير نية الفراق وان تجرد من الجانبين نفذ الطلاق
رجعيا وان جرى ذكر العوض في جوابه لا في التماسها لم يقع الطلاق

فان جرى في التماسها لا في جوابها بان قالت ابني بالف فقال ابنتك لم يقع والطلاق
لانه ما رضي بالبينونة بعوض ولم يوجد منها ما به الفراق فلم يصح التزامها فصار
كما اذا ذكر المال من الجانبين وفيه وجه بعيد ان الطلاق يقع رجعيا ويجعل
قوله ابنتك كالمستقل دون الالتماس واما اذا جرى من احدهما صريح ومن
الاخر كنايه فالكنايه مع النيه كالصريح ودون النيه كالمعدومه ولا
خلاف في انها لو قالت ابني فقال ابنتك ونوى الطلاق ولم يذكر العوض ان هذا
لا يقتضي العوض بخلاف لفظ الخلع فان لفظ الخلع يبنى على العوض بخلاف
لفظ البينونه ٥ الفصل السابع في التماسها طلاقا مقيدا بعدد
وفيه مسايل وصور احداها ان يقول طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحده استحق
ثلث الالف كما ذكرناه على قياس الجعاله بخلاف جانبه فان لم يقوله على
الا طلعه فقال طلقي ثلاثا بالف فطلق طلقه واحده قال الشافعي رحمه الله
استحق جميع الالف لان مرادها البينونه الكبرى وقد حصلت بكمالها وقال
المزني رحمه الله يستحق ثلث الالف اتباعا للحساب وقال ابو اسحق المروزي
ان علمت انه لم يبق الا واحده استحق الجميع وان لم تعلم استحق الثلث ولا تفريع
بعد هذا على مذهبه اما اذا بقيت له طلقتان فطلق واحده استحق الثلث
عند الشافعي والمزني جميعا لان الشافعي رضي الله عنه انما يتبع الحساب الا اذا
حصلت البينونه الكبرى وان طلقها اثنتين استحق الجميع عند الشافعي رحمه الله
والثلثين عند المزني فلو قالت طلقني عشرا بالف استحق بالواحده العشر وبالثنتين
الخمس بالاتفاق واما بالثلث فيستحق الجميع عند الشافعي رحمه الله وقياس
المزني انه يستحق بالثلاثه اعشار المال وقيل خرجها على قياسه انه انما يوزع على العدد
الشرعي فيوافق الشافعي في استحقاق الجميع في الثلث في هذه الصوره الثانيه
اذا قالت طلقني ثلاثا بالف فقال انت طالق واحده بالف وثنتين مجانا قال ٥
جماعه من ائمة المذهب تقع الواحده بثلث الالف والزياده لا يلزمها والاثنتان
بعدها لا تقعان لانها صارت بائنة بالاولى وهذا لا وجه له بل ينبغي ان لا تقع
الاولى لانه ما رضي بوقوعها الا بالالف وهي ما التزمت على واحده الا الثلث

يقع طلقتان مجانا وهما رجعيتان اما اذا عكس فقال انت طالق واحده
مجانا واثنتين بالالف وقعت واحده رجعيه وخرج الانسان على مخالعه
الرجعيه ان جوزنا يعذرنا انها تلغي الالف وان منعنا وقعت طلقتان ايضا
اذا قبلت لان الرجعيه يلحقها الطلاق وبالجمله اذا خالع الرجعيه على
قولنا لا يصح مخالعتها كان كمخالعه السفيهه حتى يقع طلاق بلا عوض
المسأله اذا قالت طلقني واحده بالف فقال انت طالق ثلاثا قال الشافعي
طلقت ثلاثا واستحق الالف لانه اجابها وزاد واليه ذهب ابو يوسف
ومحمد وقال ابو حنيفه لا يستحق شيا لانها لم تلتمس الثلاثه ولكنه
سلم انها لو قالت طلقني ثلاثا بالف فطلق واحده استحق ثلث الالف وان خالف
اما اذا اعاد ذكر المال فقال انت طالق ثلاثا بالف فاكثر الاصحاب على انه
لا فرق بين ان يعيد وبين ان لا يعيد وحكى الفوراني وجها عن القفال انه اذا اعاد
فقد قابل كل طلقه بثلث الالف فلا يلزمها الا ثلث الالف ويقع الثلث اما
اذا لم يعد ذكر المال امكن ان يقال التمست واحده فاجابها الى ثلاثه اغلظ
منها فرجع الى زياده صفه اما هاهنا فقد ظهر التوزيع ولكن يلزم على قياس القفال
انه لا يقع الا واحده لانه قابل طلقتين بثلثي الالف وهي ما قبلت وقد قيل بهذا
ايضا ويلزم ان لا يقع الا ولي ايضا لانها التمست بالف واجاب بثلث الالف
فهو كقوله بعني بالف فقال بعت بخمسمايه فانه لا يكون جوابا وقد قيل بهذا ايضا
وقيل في البيع ايضا انه يصح وقيل اذا قالت طلقني واحده بالف فقال طلقتك واحده
بخمسمايه انه يستحق تمام الالف لان تقدير العوض اليها لا اليه وعلى الجمله فمذهب
ابي حنيفه في صوره اعاده المال اوجه ه الرابعه اذا قالت طلقني نصف
طلقه بالف او طلق يدي او رجلي او نصفي بالف فاجابها نفذ الطلاق وفسد العوض
لفساد الصيغه المقابله فيرجع الى مهر المثل وفيه وجه منقاس انه يثبت
المسمى لانه خصص العوض بما لا يتجزا ولكن كمله الشرع فلا يبعد ان
ينزل منزله المقابله بالكامل ه الفصل الثالث في استدعائها

طلاقا معلقا بزمان وفيه صور الاولى ان تقول طلقني غدا ولك الف فان طلق بعد غد نفذ رجعيا ولا مال لانه خالف وان طلق في الغد وقعت البينونة وفسد العوض لانه لا يحتمل التعليق فيرجع الى مهر المثل ولو طلق في الحال او قبل الغد فقد اجاب وزاد اذ عجل فيثبت مهر المثل وفي كل حال لا يستحق المال قبل الطلاق الثانية ان تقول خذ مني الفا وانت مخير في تطليقي من اليوم الى شهر ولك الالف متى لم تؤخر عن الشهر فمهما طلقها في الشهر على قصد الاجابة استحق مهر المثل كالصورة الاولى وهذا بخلاف قولها متى ما طلقتني فلك الف فان متى ما وان كان ظاهرا في التاخير فلا يستحق العوض الا بطلاق في المجلس لان قرينة العوض قابلت عموم اللفظ فخصصته بالمجلس اما ههنا فقد نفت الاحتمال بالتصريح والتخيير في الشهر ومن الاصحاب من نقل الجواب من كل مسالة الى اخرى وسوى بينهما الثالثة اذا قال انت طالق غدا على الف فقالت قبلت فاذا جاء الغد وقع الطلاق بائنا وفيما يلزمها وجهان احدهما مهر المثل لان المعاوضة لا تقبل التعليق وهذا تعليق معاوضة والثاني انه يصح ويجب المسمى لان مقابلة المعلق بالمال كمقابلة المنجز والمعاوضة انما تصح لوجود تنسيق الايجاب والقبول في الحال من غير تعليق فاذا صح قوله ان اعطيتني الفا فانت طالق من غير قبول منها فلم لا يصح هذا التعليق مع قبولها في الحال اولا وفيه وجه ضعيف ان الطلاق لا يقع اصلا لانه علق العوض ولا سبيل الى اثبات العوض بالتعليق ولا الى ايقاع الطلاق وقد علقه بالعوض ثم اذا اوقعنا الطلاق عند مجيء الغد وجب العوض بعد نفوذ الطلاق ولا يجب بمجرد قبولها في الحال وليس لها الرجوع بعد القبول لانه قد تم شقا العقد بالقبول

الفصل الرابع في سؤال الاجنبي واختلاعه

واعلم ان اختلاع الاجنبي كاختلاع المراة في جميع صيغ الالتزام واحكامه لان الطلاق مما يستقل به الزوج وانما يحتاج الى قبولها لالتزام المال وللاجنبي ان يلتزم المال على سبيل الفدا لكن الاجنبي ان كان وكيلا عن جهتها فله ان يعقد لها ولنفسه فيطرد الى لفظه ونيته ومطلقه يقع عن جهة الوكالة ولكن لم يصرح بالسفارة تعلقت به العهدة وطولب بالعوض كالوكيل في الشرى وان قال الاجنبي اختلعت يعني الوكالة
بوكالتها ثم بان انه لم يكن وكيلا تبين ان الطلاق لم يقع لان الخطاب كان معها ولم

عاشر ٥
73

الله هو

حرقبولها ولا قبول نائبها ٥ فرع اذا كان الاب هو المختلع فهو كالاجنبي وان
كانت طفلة فاختلعها بمال نفسه فهو كالاجنبي وان اختلعها بمالها فله احوال
الاولى ان يقول اختلعت على سبيل الولاية بمالها او بهذا العبد من مالها لم يقع الطلاق
بل هو كالوكيل الكاذب ٥ الثانية ان يقول اختلعت على سبيل الاستقلال ولكن
بهذا العبد من مالها فهو كالاختلاع بالمال المغصوب وقد سبق ٥ الثالثة
ان يقول اختلعت بهذا العبد الذي هو من مالها ولم يتعرض لما يزيد على هذا من نيابة
واستقلال وقع الطلاق رجعيا كاختلاع السفيهة وكأنه اهل للقبول ومحجور
عليه في مالها كالسفيهة محجور عليها في مال نفسها وهذا فيه غموض لان المختلع بالمغصوب
لو اضاف المال الى المالك وقع الطلاق بائنا وكان الفساد في العوض فقط فخرج
القاضي وجها هاهنا انه كالمغصوب وخرج من هاهنا في المغصوب وجها ان الطلاق
يقع رجعيا ٥ الرابعة ان يقول اختلعت بهذا العبد ولم يذكر انه من مالها فان
كان الزوج جاهلا به فهو كما لو خرج العوض مستحقا وان كان عالما فوجهان احدهما انه
يصير المعلوم كالمذكور لفظا فيقع الطلاق على المشهور رجعيا والثاني انه
يكون كما لو كان جاهلا نظرا الى مجرد اللفظ ٥ الخامسة ان يخلعها بالبراءة
عن الصداق فان جوزنا له العفو عن صداقها في الاختلاع صح الخلع كما لو اختلعت
نفسها وان منعنا ذلك وهو الصحيح ففيه ثلاثة اوجه احدها وهو ظاهر النص ان
الطلاق يقع رجعيا كالسفيهة والثاني انه كالوكيل الكاذب حتى لا يقع الطلاق
لان اضافته الى الصداق تشعر بانه كالنائب اما الاضافة الى العبد فهو بالمغصوب
اشبه ٥ السادسة ان يقول خالعها وانا ضامن براءتك فالمنصوص انه يقع
الطلاق رجعيا ولا يلزمه شيء لان ضمان البراءة محال فيلغو المال ويبقى القبول فان
قال طلقها وان طولبت بالصداق فانا ضامن فيحصل البينونة ويجب مهر المثل لفساد
صيغة الالتزام وضابط النظر في هذه المسائل ان الخلع اما يختل اما بسبب
في نفس القبول فيوجب نفي اصل الطلاق او يختل في نفس الالتزام فيوجب نفي البينونة
لا نفي الطلاق او يختل في الملتزم لا في الالتزام كالخمر والمغصوب فيوجب نفي المسمى
لا نفي البينونة فيكون التردد في اصل الطلاق للتردد في صحة القبول والتردد في
البينونة للتردد في صحة اصل الالتزام والتردد في المسمى للتردد في صحة الملتزم ٥
والله اعلم

الباب الخامس في النزاع في الخلع

وهي أنواع الأول النزاع في أصل العوض أو جنسه أو قدره فإن وقع في الأصل فالقول قولها إذا أنكرت العوض فإن حلفت وقعت البينونة مؤاخذة للرجل بقوله إني خالعتك على عوض وإن تنازعا في الجنس فقال خالعتك بدراهم فقالت لا بل بفلوس تحالفا والرجوع إلى مهر المثل كما في الصداق وكذلك في المقدار وإن توافقا على جريان الخلع بألف درهم ولكن قال الزوج أردنا به الدراهم وقالت لا بل أردنا الفلوس فهذا يستدعي مقدمة وهو أنه لو كانت النقود مختلفة ولا غالب فيها فقال بعت بألف درهم وقال اشتريت بألف درهم ولم يتعرضا للجنس ولكن توافقا على إرادة واحدة لم يصح البيع ولم يحتمل هذه الجهالة فيه والمشهور الظاهر في الخلع أنه يحتمل ذلك وتكفي فيه النية والعلم بالعوض وإن كان شرطا لثبوت المسمى لكن يحتمل فيه ما لا يحتمل في البيع ولذلك حصل الملك بمجرد الإعطاء من غير لفظ وهذا ليس يخلو عن إشكال إذ لا خلاف أنه لو قال خالعتك على ألف وقبلت وتوافقا على إرادة نوع واحد لم يحتمل هذا لأن اللفظ صريح في الاحتمال والتردد بين الأنواع وإنما المذكور مجرد العدد وهو عوض لا ينبئ عن ماهيته جنسه ولا نوعه بخلاف ما إذا ذكر الدراهم فإنه لم يبق إلا التفصيل بالصفات فلا يبعد تخصيص عمومه بالنية وفي كلام القاضي دلالة على أن عموم الألف كعموم الدراهم مع أنه قطع بأنه لو قال ألف شيء لم يؤثر النية لأن لفظ الشيء أكثر حقيقة الاحتمال فالنية لا تغيره وقال الشيخ أبو محمد النية في الدراهم أيضا إنما تؤثر إذا توافقا قبل العقد على ما يقصدانه فإن لم يسبق التواطؤ فلا يؤثر توافق النية وكأنه يلتفت على معنى مسألة السر والعلانية ولا يخفى أن تعيين هذا بالنية أقرب من إرادة الألف بالفلس فإن ذلك تغيير صالح صريح فنعود إلى النزاع وله صورتان الأولى أن يقول الزوج أردنا الدراهم جميعا وقالت بل أردنا الفلوس جميعا فهذا نزاع في الجنس فيتحالفان وفيه وجه بعيد أنه لا يجري التحالف لأنه نزاع في النية وإنما

يتولد

احدها الجنس يتولد منه تبعًا وهو ضعيف الثانيه ان يتوافقا على ان الزوج
واراد به الدراهم ولكن قالت المراه اردت الفلوس فالقول قولها فاذا حلفت اسقط
العوض ووقعت البينونه مواخذة بقوله الثالثه ان يتوافقا على انها ارادت
الفلوس ولكن قال الزوج اردت الدراهم فلا فرقة بينهما لاختلاف الجواب فحكم هذا
ان البينونه واقعه لانا ننظر الى الملفوظ وقد قال خالعتك على الف درهم وقالت قبلت
ولا مطلع على النية ويلزم على هذا انهما لو توافقا ايضا على اختلاف القصد وقوع البينونه
لظاهر اللفظ ولو تصور اطلاع كل واحد منهما على باطن صاحبه حتى يتحقق المخالفة في
النيه فيسعى ان لا يقع الطلاق باطنا لو قال القاضي للزوج مهر المثل لان البينونه وقعت
ظاهرا اذ لغا اثر النيه فبقي اللفظ مجهولا وكان النيه عنده انما يؤثر اذا توافقا فيها
والاتفاق عليه فاذا لم يتفقا لغت النيه ونظر الى مجرد اللفظ وهو بعيد لان موجب قول
الزوج ان لا بينونه ولا عوض والحكم بالبينونه عليه له وجه اما الحكم له بالعوض
وهو لا يدعيه بعيد الرابعه لو توافقا على انه اراد الدراهم فقالت اردت الدراهم
ايضا فحصلت الفرقه وقال بل اردت الفلوس فلا فرقه فالقول قولها في نيتها واذا حلفت
حصلت الفرقه وعند القاضي له مهر المثل وان كان هو منكر للفرقه وهو بعيد الخامسه
ان يقول اردت الدراهم وما ادعى عليها شيا وقالت اردت الفلوس وما ادعى عليه
شيا فالفرقه ايضا حاصلة وقال القاضي يتحالفان وهذا لا وجه له لانه ليس يدعي عليها
مالا معينا فكيف تحلف النوع الثاني في الاختلاف في المعوض واذا قالت سالتك
ان تطلقني بالف فاجبتني فقال بل طلقتك بالف فاجبتك فقد اتفقا على الالف وشرعا في
مقدار المعوض فيتحالفان والرجوع الى مهر المثل واما عدد الطلاق فلا يعتبر فيه الا قوله
فلا يزيد على ما اجره فان قيل فاذا كان القول قوله في عدد الطلاق والالف متفق عليه
فاي معنى للتحالف ولا فايدة له الا ابدال الالف المتفق عليه بمهر المثل قلنا مقتضى التحالف
ابطال العوض لكن الطلاق لا يقبل الابطال فجرينا على قياس التحالف في نظر الفسخ
الى ما يتطرق اليه خاصة النوع الثالث النزاع في المستحق عليه فاذا ادعى عليها
الاختلاع فقالت انما اختلعني الاجنبي فالقول قولها في انكار الاختلاع فلا رجوع له على

الاجنبي لاعترافه بانه لم يختلع اما اذا قال اصفت الاختلاع الى الاجنبي وكنت سفيره له فقبله وجهان احدهما انهما يتحالفان لاتفاقهما على اصل الالتزام واختلافهما في صفة الاضافة والثاني ان القول قولها لانها انكرت اصل الالتزام والله اعلم واحكم

كتاب الطلاق والنظر في شطرين

احدهما في عموم احكامه والثاني في التعليقات خاصة اما الشطر الاول ففيه ستة ابواب الباب الاول في معنى السنة والبدعة وفيه فصول الفصل الاول في مواقع السنة والبدعة وقد اتفق العلماء على انقسام الطلاق الى سني وبدعي والبدعي هو الطلاق المحرم الواقعة وان كان نافذا والسني ما لا تحريم فيه والبدعي هو الطلاق الواقع بعد المسيس في الحيض دون سؤالها او الواقع في طهر جامعها فيه ولم يتبين حملها فهذان اصلان اما الاول وهو الحيض فيحرم فيه الطلاق بعد المسيس ولا بدعة في طلاق غير الممسوسة اصلا واما الممسوسة فيحرم طلاقها في الحيض بغير سؤالها لما روي ان ابن عمر رضي الله عنهما طلق زوجته في الحيض فانتهى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلقها وان شاء امسكها فتلك العدة التي امر الله ان تطلق لها النساء واراد به قوله فطلقوهن لعدتهن اي لقبل عدتهن حتى تشرع عقيب الطلاق في العدة المحسوبة فان بقية الحيض لا تحسب فتطول العدة ثم امر رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجة ثابت بالافتداء ولم يستفصل انها حائض ام لا فدل على ان الخلع مستثنى ولا تحريم فيه فمنهم من فهم ان ذلك لكونها راضية فكانه جوز تطويل العدة برضاها فقال لا تحريم في الطلاق بسؤالها وان لم يكن بمال ويحرم اختلاع الاجنبي لعدم رضاها ومنهم من جعل ذلك من خاصية الافتداء لانها لا تبذل الا لضرورة فجوز اختلاع الاجنبي وحرم الطلاق وان كان بسؤالها ويشهد لذلك جواز طلاق المولي اذا طولب به لان ذلك واجب بنوع ضرورة واتفقوا على جواز الخلع وطلاق المولي وترددوا في اختلاع الاجنبي والطلاق بسؤالها واما قوله ان دخلت الدار فانت طالق فلا بدعة فيه وان جرى في الحيض لكن ينظر ان اتفق الدخول

في الحيض نفذ الطلاق بدعيًا وفائدته انه يومر بالرجعة على سبيل الاستحباب
واذا راجع فهل يجوز ان يطلقها في الطهر الاول بعده فيه وجهان احدهما نعم اذ لا معنى للمنع
في الطهر وقد ورد في بعض الروايات فتره فليراجعها حتى تطهر والثاني انه يصبر الى الطهر
الثاني اذ ذلك يودي الى ان الرجعة لاجل الطلاق وذلك لا يليق بمحاسن الشرع
ويشهد لذلك حديث عمر رضي الله عنه وعلى هذا ترددوا في انه هل يستحب ان يجامعها
حتى يتحقق مقصود الرجعة اما اذا طلقها طلاقا غير بدعي ثم راجعها فله ان
يطلقها في الحال اذ لا بدعة حتى تستدرك واما الجمع بين الثلث فلا بدعة فيه خلافا
لابي حنيفة نعم الاولى ان يفرق كيلا يلحقه ندم ٥ فرع اذا قال انت طالق مع اخر
جزء من الحيض فهذا طلاق وصادف الحيض ولكن يستعقب العدة فمنهم من نظر الى
المعنى وقال هو سني ومنهم من نظر الى المظنة وهو الحيض فقال هو بدعي وكذا الخلاف
فيما اذا قال انت طالق مع اخر جزء من الطهر ولعل النظر الى معنى المظنة اولى ٥
الاصل الثاني في البدعة الطلاق في طهر جامعها فيه وهو بدعة الا ان يكون عالما
بكونها حاملا فيحل الطلاق لان المحذور لحوق الندم بسبب الجهل بالولد او استبدالها
الزوج في معنى الوطء لانه يتوقع منه الولد والاتيان في غير المأتي فيه تردد فانه وان
لم يتوقع منه الولد فالعدة تجب به وترددوا فيما لو وطئها في الحيض ثم طهرت انه هل يحل
طلاقها لان بقية الحيض قد تدل على عدم الولد الا انه قد ورد ان الحامل قد ترى الحيض والظاهر
انه لا بدعة في خلعها ايضا كما في حالة الحيض ومنهم من قال السبب ها هنا حذار
الولد ورضاها لا يوثر في المحذور ثم طول العدة فلا اعتذار يوثر رضاها في حقها
ويتخرج من هذا ان جميع النسوة لا بدعة في طلاقهن ولا سنة غير الممسوسة
والحامل بيقين والايسة والصغيرة اذ لا حيض لهما ولا ولد والمختلعة ٥
الفصل الثاني في اضافة الطلاق الى السنة والبدعة تنجيزا وتعليقا وفيه
مسائل الاولى اذا قال للحائض انت طالق للبدعة وقع في الحال واذا قال للسنة لم يقع حتى
تطهر وكذا ان قال للتي طهرت قبل الجماع انت طالق للسنة وقع في الحال فان قال للبدعة

لم يطلق حتى تحامع او تحيض والمقصود ان اللام للتاقيت فيما يسمه
الاوقات كالسنه والبدعه فهو كقوله انت طالق لرمضان فانه تاقيت
برمضان واما ما لا يسمه الاوقات فاللام فيه للتعليل كقوله انت طالق
لرضا فلان فانه يقع في الحال رضي فلان او سخط وقوله انت طالق لدخول الدار
فهو تعليل يقع في الحال بخلاف قوله لقدوم زيد فانه تاقيت بقدوم زيد
لان القدوم مما ينتظر كالحيض والطهر واما ما صرح بلفظ التعليق ان واذا
واما اللام فهو للتعليل ظاهرا الا في فيما يسمه الاوقات وحيث حملناه على
التعليل فلو قال اردت التاقيت قبل في الباطن وهل يقبل ظاهرا فيه وجهان
وهذا فيه اذا خاطب متعرضة للسنه والبدعه فلو خاطب صغيره او ايسه
او غير مدخول بها فهو للتعليل حتى يقع الطلاق في الحال سوا قال انت طالق للسنه
او للبدعه وفيه وجه انه ان قال للسنه وقع في الحال وان معناه طلاقا لا حرم
فيه ولو قال للبدعه لم يقع حتى تحيض الصغيره وحتى تدخل بغير المدخول بها اما
اذا قال لمتعرضه للحالين اذا قدم زيد فانت طالق للسنه فان قدم وهي حايض لم
يقع حتى تطهر وان قال للبدعه وقدم وهي في طهر لم يجامع فيه لم يطلق حتى
تحيض او يجامع وان علق بمجرد القدوم فقدم وهي حايض نفذ الطلاق بدعيا
وان لم تكن في حاله التعليق من اهل السنه والبدعه نظرا الى حالة الوقوع لا الى التعليق
فرع لو قال في طهر لم يجامعها فيه انت طالق للبدعه فاذا جامع وقع الطلاق
كما غابت الحشفه وهل يلزمه بدوام الوطي ان لم ينزع في الحال مهر اختر حسب
تحت المهر ثانيا ويتوطي الرجعيه فيه قولان ماخذهما ان دوام الوطي هل هو
كابتدائه والاظهر انه لا يجب لان مهر النكاح شاملا وان الوطي هنا فلا
يبعض حكمه وان تعين الحل في اثنائه ٥ الشامسه اذا قال انت طالق ملائا
بعضهن للسنه وبعضهن للبدعه فان قال اردت ايقاع طلقه ونصف في الحال
قبل وكملت طلقتان فان قال اردت وقوع اثنتين في الحال قبل ولو قال اردت

هذا ع

76

ايقاع ثلثة انصاف طلقات في الحال وقع الطلاق الثلاث في الحال وان قال لم
يكن لي نية حمل على التشطير ووقع في الحال طلقة ونصف ولكن تكمل طلقتان
وهو كما لو قال هذه الدار بعضها لزيد وبعضها لعمرو حمل مطلقه على التشطير لان الاكثر
لا يسمى بعضا في الظاهر فلو قال اردت واحده في الحال والثنتين في المستقبل فالظاهر
انه يقبل وفيه وجه انه لا يقبل لان تسميه الثنتين من الثلاث بعضا بعيد وقال المزني
قياس قول الشافعي رحمه الله انه لا يقع في الحال الا طلقه اذا لم ينو شيا لان البعض
محمل يسعى ان يحمل على الاقل اذ كان يحمل الواحد ويحمل واحدا ونصفا ولتجعل
هذا تخريجا منه على مذهب الشافعي رحمه الله الثالثه اذا قال انت طالق احسن
الطلاق او افضله او اجمله او عبر ذلك من صفات المدح فهو كما لو قال انت طالق للسنه
فلو كانت في حال بدعه لم تقع في الحال وان كانت في حال سنه وقع في الحال ولو كانت في حال
بدعه فقال اردت باحسن الطلاق واجمله وقع في الحال لانه اظهر احتمالي حال الوقوع
ولو قال انت طالق اقبح الطلاق واسمجه فهو كقوله انت طالق للبدعه ولو قال انت طالق
طلقه حسنه قبيحه او بدعيه سنيه وقع في الحال سوا كانت معرضه للحالين او لم
يكن لانه وصف متناقض فيلغوا ويبقا قوله انت طالق وهو كما لو قال انت طالق طلاقا
لا يقع في الحال ~~[illegible]~~ ولا باس بهذه الزياده الرابعه اذا قال انت طالق ثلثا
في كل قرء طلقه فلها احوال خمسه احداها ان لا يكون مدخولا بها فان كانت في الحيض لم
تقع شي لان القرء عند الشافعي رحمه الله طهر محتوش بحيضين فاذا طهرت او كانت
في الطهر وقعت واحده وبانت ولا يلحقها الاخرى فان طهرت طهرا ثم جدد نكاحها
في الطهر فقد انحل اليمين فلا يعود وقوع الطلاق وان راينا عود الحنث وان جدد نكاحها قبل
الانقضا ابتنى على عود الحنث الثانيه ان تكون صغيره فهل تقع في الحال واحده
فيه وجهان ماخذهما ان الانتقال من الطهر الى الحيض هل هو قرء والقرء طهر محتوش
بحيضين الثالثه ان تكون ايسه فهل تقع واحده في الحال فيه ايضا وجهان
كما في الصغيره الرابعه ان تكون مدخولا بها من ذوات الاقرا وهي حايل فيقع في
طهرها طلقه وتشرع في العده وتلحقها الثانيه والثالثه في الطهرين الاخرين وهل تستانف

الطرف الثالث في تعليق الكلام

فصل

عده اخرى فيه خلاف الخامسه ان يكون حاملًا فان كانت لا ترى الدم او قلنا دم الحامل دم فسا د وقع في الحال واحدة وتبين بالولاده فان كانت ترى الدم وقضينا بانه حيض وقعت واحده اذا انقطع وهل يتكرر الطهر في مده الحمل فيه وجهان احدهما نعم لانه طهر بين حيضتين والثاني لا لان القرء ما دل على البراه وهذا الا دلاله له اصلًا المساله الخامسه اذا قال انت طالق ثلاثا للسنه ثم قال اردت التفريق على الاقراء لم يقبل ظاهرا لانه لا سنه في تفريق الطلاق عندنا و اللفظ لا ينبئ عنه وكذلك لو قال انت طالق ثلاثا و لم يقل للسنه وهل يدين باطنا فيه وجهان كما لو قال انت طالق ثم قال اردت ان دخلت الدار وماخذه ان مجرد النيه لا تؤثر فيه فانه لو طلق بالنيه لم يقع خلافا لمالك وان ذكر لفظا ونوى معه امرًا لو صرح به لا نتظم مع المذكور فهل تؤثر في الباطن فيه وجهان كقوله انت طالق ثم قال نويت ان شا الله او نويت ان دخلت الدار فالاقيس انه لا تؤثر لانه ليس يحتمله اللفظ ولا ذكر ما يدل عليه فهو مجرد نيه وليس هذا كما اذا قال انت طالق ونوى طلاقا عن وثاق فانه يدين لان اللفظ كالمحتمل من حيث اللغه لولا تخصيص الشرع ولا كقوله نساي طوالق وعزل البعض بالنيه فانه يدين لانه تخصيص عموم وهل يقبل ظاهرا فيه خلاف وميل القاضي الى انه يقبل ولو عاتبته امراه زوجها بنكاح جديده فقال في جوابها كل امراه لي فهي طالق فان لم يعزلها بنيته طلقت وان عزلها بنيته فقد قال الشافعي رحمه الله لا ينفع لان القرينه دلت على نيته وهذا يشعر ان يقبل ظاهرا ومن الاصحاب من قال لا يقبل لان قوله كل امراه صريح في الاستغراق وميل القاضي الى قبول ذلك ظاهرًا وكذلك في قوله نساي طوالق وان لم يكن قرينه لانه تخصيص عموم وكذلك اذا قال وهو يحل عنها وثاقا انت طالق وقال اردت عن الوثاق فيه خلاف وميل القاضي الى انه يقبل ظاهرا وقد قال الشافعي رحمه الله لو قال ان كلمت زيدا فانت طالق ثم قال اردت به شهرا فكلمه بعد ذلك لم يقع الطلاق باطنا لان اللفظ كالعام في الازمان كلها ولا خلاف في انه لو قال انت طالق ثم قال اردت عن وثاق لم يقبل ظاهرا ولكن يدين وكان الموجب للقبول ظاهرا المنصوص في دلاله اللفظ مثل ان يكون دلالته بالعموم او قرينه ظاهره كما لو كان

اما

اوكانت

حل عقد الوثاق اوكان شارعه في نكاح جديد كما ذكرناه واما الموجب للقول باطنا
وهل احتمال قربا وبعدا

الباب الثاني في بيان اركان الطلاق

ولابد للطلاق من اهل ومحل ولفظ وقصد الى اللفظ وولاية على المحل فهذه خمسة اركان

الركن الاول الاهل وهو المطلق وشرطه ان يكون مكلفا فلا يقع طلاق الصبي والمجنون

الركن الثاني اللفظ وفيه ثلاثة فصول **الاول** في بيان الصريح والكناية وصريح الالفاظ ثلثة الطلاق والفراق والسراح اما الطلاق فلشيوعه وتكرره في القران واما الفراق والسراح فلتكررهما في القران وقال ابو حنيفة رحمه الله لا صريح الا الطلاق ومثله هو قول قديم للشافعي رحمه الله ولا باس به فان قوله تعالى او تسريح باحسان لم يرد مورد بيان اللفظ ثم في هذه القاعدة مسايل **الاولى** ان كل ما يشتق من لفظ الطلاق كقوله انت مطلقة وطلقتك وانت طالق فكل ذلك صريح واختلفوا في قوله انت الطلاق والظاهر انه ليس بصريح لانه غير مستعمل على هذا الوجه واما قوله اطلقتك فهو كناية لانه ظاهر في رفع الحبس وحل الوثاق **الثانية** الفعل من السراح والفراق كقوله سرحتك وفارقتك صريح اما الاسم كقوله انت مفارقة او مسرحة فيه خلاف ومأخذه ان الوارد منه في القران صيغة الفعل فقط **الثالثة** معنى هذه الالفاظ بساير اللغات فيه ثلثة اوجه احدها انها ليست صريحا والى هذا ذهب الاصطخري [illegible] لمعنى التعبد والثاني وهو الاصح انه صريح لانه في معناه ثم معنى قوله انت طالق تو هشته اي ومعنى قوله طلقتك دشت بازداشتم ومعنى قوله فارقتك از تو جدا گشتم ومعنى قوله سرحتك ترا گسيل كردم **والثالث** قال القفال كل ذلك غير صريح الا قوله تو هشته اي لانه لا يستعمل في العادة الا في الطلاق واما ساير الالفاظ فشايع الاستعمال في غير الطلاق **الرابعة** اذا شاع لفظ في العرف للطلاق كقوله حلال الله علي حرام فهل يصير صريحا فيه وجهان احدهما نعم لان المقصود تعين جهة التفاهم وقد حصل والثاني لا بل ماخذه القران فقط وقال القفال ان صدر ذلك عن فقيه يعرف الكناية ولم ينو لم يقع الطلاق وان صدر عن عامي يقال له ما الذي يسبق الى فهمك اذا سمعت هذه الكلمة من غيرك فان كان يفهم الطلاق جعل منه طلاقا وهذا اذا عنا به القفال الاستدلال

عليه السلام وانه اذا كان يفهم ذلك لا يخلو ضميره عن معناه وان لم تشعر به
فله وجه اما ان عنى وقوع الطلاق مع خلو قلبه عن النيه بينه وبين
الله تعالى فلا وجه له اذا لم يجعل صريحا هذا حكم الصرايح اما
الكنايات فهي كل لفظه محتمله اما جليه كقوله انت خليه وبريه وبته وبتله
واما خفيه وهي التي لا تشعر الا بعد استعاره واضمار كقوله اعتدي
واستبري رحمك فان معناه طلقتك فاعتدي وكذا قوله الحقي باهلك
وحبلك على غاربك ولا انده سربك واعزلي واعزبي واذهبي واخفى منها
قوله تجرعي اي كاس الفراق وذوقي وتزوجي وترددوا في قوله اشربي اي كاس
الفراق والحق بعضهم به قوله كلي وهو ابعد وترددوا في قوله اغناك الله اخذا من
قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته وحد الكنايه ما احتمل الطلاق ولو على بعد والذي
لا يحتمل كقوله اقعدي واعزلي وغيرهما وفيه مسايل الاولى اذا قال لزوجته انت حره ونوى
الطلاق وقع وكنايات الطلاق والعتاق متداخله فيما بينهما في الاكثر نعم لو قال لعبده اعتد
واستبري رحمك ونوى العتق لم ينفذ لان ذلك غير متصور في حقه ولو قال ذلك لامته ففيه
وجهان ولو قال ذلك لزوجته قبل الدخول ففيه وجهان لان الصالحه لها ليست بصدد
العده كالامه الثانيه لفظ الظهار ليس كنايه في الطلاق ولا الطلاق في الظهار
مع الاحتمال لان كل واحد منهما وجد نفاذا في موضوعه الصريح فلا يعدل الى غير
موضوعه بالنيه ولا يمكن تنفيذهما جميعا لان اللفظ لم يوضع لهما وضع العموم فيصرف
الى ما هو صريح فيه الثالثه اذا قال لزوجته انت علي حرام فان نوى الظهار
كان ظهارا وان نوى التحريم كان يمينا ويلزمه كفاره وان نوى الطلاق نفذ وان اطلق ففيه
ثلثه اوجه اظهرها انه صريح في ايجاب الكفاره والثاني انه يلغو لانه محتمل لوجوه والثالث
انه في الامه صريح في الكفاره لان الايه انما وردت فيها وفي المنكوحه كنايه قاعدتان احدهما
ان القرينه عندنا لا تجعل الكنايه صريحا وابو حنيفه رحمه الله جعل الكنايه في الغضب
وعند التخاصم وسوال الفراق صريحا وهو ضعيف لان اللفظ محتمل وعدول الرجل عن لفظ
الطلاق مشعر باضمار غير الطلاق فكيف يجعل صريحا الثانيه ان النيه ينبغي ان تقترن
بقول مقترنه

ولا انده سربك

بلفظ الكناية فلو تقدمت او تاخرت لم تؤثر وان نوى مع ابتدا اللفظ ولكن انقطعت
نيته قبل تمام اللفظ فالظاهر انه تقع وان خلا عنه اول اللفظ ونوى في اثنايها ففيه وجهان
مشهوران **الفصل** الثاني في الافعال اعلم ان اللفظ انما يراد للتفهيم وقد
يحصل التفهيم بالاشارة والكناية فلنذكرهما اما الاشارة فهي معتبرة في الاخرس وتنقسم
الى صريح وكناية فالصريح ما يفهم الكافة على فهمه والكناية ما يفطن له بعض الناس واذا
اتا بالصريح لم يقبل بعد ذلك تاويله كما في النطق والصحيح انه ان اشار بالطلاق في الصلوة
نفذ الطلاق ولم تبطل صلاته **واما** كتابة الاخرس فهي طلاق فانها اظهر من الاشارة
ومع ذلك فلا يكلف الاخرس القادر على الكتابة ان يكتب الطلاق بل يقع منه بالاشارة واما
القادر فاشارته وان بالغ فيها لا تجعلها صريحا لان عدوله عن النطق مع القدرة موهم نعم هل
تجعل كناية قال القفال هو مقتصر على الكتبة والاشارة اولى بالاحتياط لان الكتابة
معتادة والاشارة من الناطق غير معتادة اما الكتابة فليس بصريح وان كتب اللفظ
الصريح وهل هو كناية اضطربت فيه النصوص وحاصله ثلثة اقوال احدها انه كناية
لان الكتابة معتادة والمقصود التفهيم والثاني انه يلغو لان الصيغ اللفظية هي
الموضوعة للعقود في حق القادر **والثالث** انها تعتبر من الغائب دون الحاضر لاجل
العادة وفي شرح التلخيص وجه ان صريحه صريح وكنايته كناية وهو بعيد اما اذا
كتب قوله كل زوجة لي طالق وقرئ ونوى عند القراءة وقع وان قرئ ولم ينووا فالقصد ب
القراءة فهل يقبل ظاهرا فيه تردد كما لو حل الوثاق عن زوجته وقال عنيت ذلك انت
طالق فان فرعنا على اعتبار الكتابة فيتصدى النظر في امور بلفظه الاول في التصرفات
فنعتبر في كل ما يستقل به المتصرف كالعتق والعفو والابرا **اما** ما يفتقر الى
القبول ففيه قولان وفي النكاح قولان مرتبان واولى بان لا ينعقد لما فيه من التعبد
ولانه كناية والشاهد لا يطلع على النية ولكن من جوز ذلك ربما احتمله لاجل
الحاجة بما ان كتبت زوجتك ابنتي من فلان واشهد عليه عدلين وشهدهما باعيانهما

على قول الزوج صح وان شهد اخران فوجهان م ام كتب بعد داري منك فبلغه الكتاب فبلغ
ان يقول على الفور اسريت او يكتب عليه على الفور لان الاتصال بين الجواب والخطاب شرط وهو
الامر
الاتصال اللائق بالكتابة فان ذلك متصل بالكتابة وان تخلل بينهما شهور ه الثاني في
الفاظ الكتاب وهي ثلثة احدها ان يكتب اما بعد فانت طالق ونوى فيحكم بوقوعه
في الحال الثاني ان يكتب اذا بلغك كتابي فانت طالق ولا تقع الا بالبلوغ ه الثالث ان يقول
اذا قرأت كتابي فانت طالق ولا تقع ما لم تقرأ وان كانت امية فاذا قرئ عليها طلقت
وقيل لا تطلق لانها ما قرأت فكانه علق على قراءتها وهو محال ولا تقع وهذا بعيد نعم لو
كانت قارئة فقرئ عليها ضرها فالظاهر انها لا تطلق وقيل انها تطلق كما اذا قال ان
رايت الهلال فانت طالق فانها تطلق برؤية غيرها الهلال وهو بعيد لان الرؤية قد يراد
بها العلم دون القراءة ه الثالث في المكتوب عليه وكلما يثبت عليه الخط من ثوب
وحجر وعظم فهو كالساحر اما لو كتب على الماء او على الهواء لم يكن ذلك كتابة بل هو اشارة
من قادر وقد ذكرناه ولو كتب على الساحر ولكن علق على البلوغ فبلغ وقد انمحت الكتابة
لم يقع لانه بلغ الكاغد دون الكتاب وان لم يمح الا السطر الذي فيه الطلاق او سقط
ذلك القدر فيه ثلاثة اوجه احدها انه لا يقع لان الكتاب عبارة عن جميع الاجزاء والثاني
انه يقع لان الكتاب قد بلغ والثالث انه ان قال ان بلغك كتابي هذا لم يقع لانه تناول
جميع الاجزاء وان قال ان بلغك الكتاب وقع اما اذا انمحى جميع الاسطر الا الطلاق والخلاف
مترتب واولى بالوقوع وان لم يمح الا التسمية والصدر وبعض المقاصد فكلها مترتب
واولى بالوقوع وان لم يسقط الا الحواشي فاولى بالوقوع ومنهم من قطع في هذه الصورة
بالوقوع لان الحاشية غير مقصودة ومن منع علل بان الحاشية من الكتاب ولذلك لا يجوز
للمحدث مسها من المصحف ه فرع اذا قال ان بلغك نصف كتابي فبلغ الجميع ففيه
وجهان احدهما يقع لان في الكل نصفا والثاني لا لان مفهومه الحصر بالنصف
الفصل الثالث في التفويض الى الزوجة والنظر في ثلثة اطراف الاول
الفاظه فاذا قال طلقي نفسك فقالت طلقت نفذ ولو قال ابيني نفسك فقالت ابنت نفسي
ونويا وقع وان لم ينو احدهما لم يقع وقال ابو حنيفة لا يعتبر نيتها بل يكفي نية الرجل

الامرهم

يعني الورق
الكاغد

يسقط ح

وقولها ينبني على قوله ولو قال طلقي نفسك فقالت ابنت ونوت فالظاهر الوقوع
وفيه وجه انه لا يقع لمخالفة اللفظ وقيل ان ذلك يجري ايضا في توكيل الاجنبي ولو قال
اختاري فقالت اخترت نفسي وقعت طلقة رجعية ولو قالت اخترت زوجي لم يقع شي
وهو مذهب عمر وعايشة وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم وقال علي وزيد رضي الله عنهما
ان اختارت نفسها فطلقة باينة وان اختارت زوجها فرجعية واشتد انكار عايشة
رضي الله عنها وقالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترنا رسول الله صلى الله عليه وسلم
افترى كان ذلك طلاقا رجعيا ه **فرع** اذا كان التفويض بالكناية وانكر النية فالقول
قوله وكذلك اذا انكرت نيتها فالقول قولها ولو قالت نويتا وانكر الزوج فالقول قولها
وفيه وجه بعيد ان القول قوله لان الاصل بقا النكاح وهو ضعيف ه **الطرف الثاني**
في حقيقة التفويض وفيه قولان احدهما انه تمليك وكانه ملكها نفسها والثاني انه توكيل
كتوكيل الاجنبي ويبتنى عليه انها لو طلقت نفسها في مجلس اخر لا على الاتصال لم يجز ان جعلناه
تمليكا لان اتصال القبول لازم فيه وقبولها هو قولها طلقت وان جعلناه توكيلا جاز
وقال القاضي وان جعلناه توكيلا احتمل ان يشترط ذلك في المجلس لان هذه الصيغة تتقاضا
جوابا ناجزا كقوله اطلقي ان شيت فانه يختص بمشيتها في المجلس واجرى ذلك
في قوله وكلتك وفوضت اليك طلاقك بالوكالة وعبر المحققون عن هذا بيانا ان
جعلنا مطلق التفويض تمليكا فهل للزوج سبيل الى توكيلها ام يمتنع ايضا توكيلها على
التمليك فيه تردد ه **فرع** لو رجع عن التفويض قبل قبولها جاز على القولين جميعا
وقال ابن خيران لا يجوز على قول التمليك وكانه مضمن تعليقا وهو بعيد لانه ليس بابلغ
من قوله اطلقي على الف وله الرجوع قبل قبولها ه **الطرف الثالث** في حكم العدد
فاذا قال طلقي نفسك ونوى الثلاث فقالت طلقت ونوت الثلاث نفذ وان لم تنو لم يقع
الثلاث بل وقعت واحدة وفيه وجه انه يقع لان البنا في العدد اقرب من البنا في اصل
النية وهذا يقوي مذهب ابي حنيفة نعم لو قال طلقي نفسك ثلاثا فقالت طلقت ولم تذكر
العدد ولم تنو فظاهر البنا ها هنا لانه صرح به لا سيما ان جعلناه تمليكا فان مجرد قول القابل

فكان بعد ان شيت فطلقي الطلاق
فانت طالق ح

قبله يلغو وان لم يبعد تمام الكلام لانه كالساعد الالحاق واما كلام الوكيل لا ينبني على كلام
الموكل نعم ان اشترطنا القبول في المجلس على قول التوكيل فلا يبعد ايضا تخيل البناء
فرع لو قال طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة طلقت بالاتفاق واحدة ولو قال طلقي واحدة
وطلقت ثلاثا وقعت عددا واحدة وقال ابو حنيفة لا يقع هاهنا اصلا والفرق مشكل
عليه من الصورتين **الركن الثالث** القصد الى لفظ الطلاق ومعناه ويتوهم
اختلال القصد بخمسة اسباب سبق اللسان والهزل والجهل والاكراه واختلال
العقل الاول سبق اللسان فاذا جرت منه كلمة الطلاق في محاورته او في النوم لم يقع
طلاقه ولكن يعسر قبول دعواه اذا لم يكن قرينة نعم يدين باطنا فان شهد قرينة قبل
ظاهرا مثل ما لو كان اسم امراته طارق فقال يا طالق وزعم انه التفت الف بلسانه
اللام من غير قصد قبل قطعا لاستشهاده بحال الوفاق وان فيه حرفا فالان كلمة الطلاق
مستنكر في النكاح وان كان اسم امراته طالق واسم عبده حر فقال يا طالق ويا حر وقصد
النداء لم يقع وان قصد الايقاع وقع وان اطلق من غير قصد فعلى الهما يحمل فيه وجهان
وقد ظهر ان قصد حروف الطلاق لا يكفي بل لا بد من قصد لفظ الطلاق ومعنى الطلاق
السبب الثاني الهزل فاذا قالت المراة في ملاعبتها طلقني ثلاثا فقال نعم
انت طالق ثلاثا كاللاعب المستهزي وقع الطلاق لوجود قصد لفظ الطلاق ولم
يعدم الا الرضا بالحكم وذلك لا يشترط بدليل انه لو طلق بشرط الخيار لنفسه نفذ وان
كان ذلك يعدم الرضا بالحكم وقد قال صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد
وهزلهن جد الطلاق والعتاق والنكاح ولم يحكم الشافعي رحمه الله بانعقاد نكاح
الهازل وهو خلاف ظاهر الخبر اما البيع وسائر التصرفات ففيه تردد بعض الاصحاب
في انعقادها من الهازل **السبب** الثالث الجهل وهو ان خاطب امراته
بالطلاق وهو يظن انها زوجة غيره فاذا هي زوجته او قد رآها في ظلمة او في جلباب
او كان ابوه زوجها منه في صغره وهو لا يدري فالمشهور انه يقع طلاقه وهذا فيه احتمال
ظاهر لانه اذا لم يعرف الزوجية لم يقصد الى قطعها وقد ذكرنا في كتاب الغصب وجها
في نظيره من العتق انه لا يقع وهو متجه ونظير هذا الاعجمي اذا لقن كلمة الطلاق فقالها
وهو لا يفهمها لم يقع طلاقه بالاتفاق واما بيع الجاهل فالظاهر صحته وهو اذا باع

تخيل البناء

يا طارق

٨٥

ما ليس عالما بأنه حتى قبل هذا قالوا نفوذ الطلاق اولى والاقيس في السعي ايضا ان لا يعقد لان القصد المعنى المجهول محال في النسب الرابع الاكراه وطلاق المكره لا يقع عندنا لان قصده مختل اذ الاكراه يبعث فيه القصد فكانه فعل المكره وقال ابو حنيفة يقع لمن ايضا نوقعه مهما نحن المكره اكثر كان راضيا او ظهر قرائن مخايل الاختيار وذلك بالمخالفة للمكره بزيادة او نقصان او تغيير لفظ مثال الزيادة ان يكرهه على طلاق واحدة فطلق ثلاثا او على طلاق زوجة واحدة فطلق زوجتين واما النقصان ان يكلف طلاق زوجتيه فطلق واحدة او على الثلاث فطلق واحدة او اثنين او قال قل طلقتها فقال فارقتها او قال طلق احدى زوجتيك فعين واحدة وطلقها قال القفين ذلك بترتبه بالمطاوعة اما اذا ترك التورية فهو فيه قادر معترف بان الاكراه لم يدهشه عن ذكر التورية ففيه خلاف والظاهر انه يقع وجعل ذلك دليلا الاختيار والنظر بعد هذا في طرفين احدهما التصرفات المنابزة بالاكراه والاكراه يسقط اثر التصرفات عندنا الا في خمسة مواضع الاول الاسلام فانه يجوز اكراه الحربي عليه فيصح اسلامه والا بطل فائدة الاكراه وفي اسلام الذمي المكره خلاف والاصح انه لا يصح في الثاني الارضاع ولا يخرجه الاكراه عن كونه محرما لانه منوط بوصول صورة اللبن الى الجوف لا بالقصد في الثالث القتل على احد القولين فانه يوجب القصاص على قول لان الاكراه لم يدفع الاثم الرابع المكره على الزنا في احد القولين يحد لان حصول الانتشار دلالة على الاختيار فانه لا يحصل بالاكراه وماخذ القولين تردد في تصور الاكراه في الخامس اذا علق الطلاق على الدخول فاكره على الدخول ففيه قولان احدهما ان الصفة لا يشترط فيها القصد بل يكفي الاسم واما المبيع فسقط بالاكراه وقال ابو حنيفة ينعقد ولا يلزم والاسبابا المغصوب يرجع الى الاسلام فقط والى القتل على قول واما ما عداه فيتشعبه على تصور الاكراه او عدم اشتراط القصد في الطرف الثاني في حد الاكراه وقد سلكنا منهجا عدة للاصحاب احدها ان يصير بحيث لا يبقى له طاقة في المخالفة بل يكون مضطرا الى اختيار الموافقة شاءام ابا كالذي يفر من الاسد الضاري فيتخطا النار والشوك ولا يبالي ومثل هذا لا يحصل الا بسيف مسلول او بالتخويف بالالقاء في النار

في اكراه اليهود

التورية فهو لا يريد الا ...

والارضاع

مسلكان

مثلا والشرط ان يصير كالمدهوش الذي لا ينتظم له رويته واستصواب بم الجبار قد
تدهش ويسقط اختياره بما لا يسقط به اختيار الشجاع فالمعتبر سقوط خيرته في هذه
الطريقة اما من خوف الحبس المخلد او الجوع او ما يأخذه في الحال امر لا يطيقه
والطلاق يقع بناء على الحزم والاستصواب وذلك عن الاختيار وهذه الطريقة
اضعف للنشر المسالك الثاني ان ذلك لا يعتبر بل اذا اخبر من الطلاق وبين امر لا يحتمله
العاقل لاجل الطلاق فطلق لم يقع الطلاق كالحبس المخلد والتهديد بالضرب والجوع
ممن يعلم انه يحقق ذلك وكذلك صفع ذوي المروة على ملا من الناس وكذلك التخويف
باتلاف المال وقتل الولد وهذا يلتفت النظر في المكره به والمكره عليه فاذا اكره
على القتل باتلاف المال او الحبس فليتحمله فان اكره على الطلاق بذلك فربما لا يحتمله
وربما يقال يحتمل اتلاف المال في الطلاق وان اكره على اتلاف مال فيعتبر النظر
في القلة والكثرة وضبط ذلك عسير ولا يخلو طريقه عن غموض فيتحصل منه ان
المتفق عليه الاكراه بالقتل او بالجرح الذي يخاف الموت منه كالقطع وما
عدا ذلك فيخرج على الخلاف **السبب** الخامس زوال العقل وذلك
ان كان بالغما او جنون او شرب دواء فيمنع نفوذ الطلاق والتصرفات وان كان
بمسكر تعدى بشربه ولم يصح فهذا في حلقه نصوص الشافعي رحمه الله
قديما وجديدا وقوع طلاقه ونص في الظهار في قديمه على قولين فقال بعض الاصحاب
المسالة على قولين ومعظم العلماء على وقوع طلاق السكران ومذهب عثمان وابن عباس
رضي الله عنهما وابو يوسف وزفر والمزني وابن سريج انه لا يقع وفي شارب نصره ثلاث
طرق ومنهم من طرد القولين جميعا في افعاله ومنهم من قال افعاله كافعال الصاحي
وانما الخلاف في اقواله ومنهم من قال ما عليه يعد والقولان فيما له واشهر الطرق
طرد القولين في الكل ومن شرب البنج متعديا فزال عقله منهم من الحقه
بالسكران لعدوانه ومنهم من الحقه بالمجنون لان ذلك لا يشتهى فان قيل ما حد
السكر قلنا قال الشافعي رحمه الله اذا اختلط كلامه المنظوم وانكشف سره
المكتوم والمقصود ان يصير كالمجنون الذي لا ينتظم اموره اما ما دام في ابتدا
نشاطه فهو كالعاقل واذا سقط كالمغشي عليه فهو كالنائم والمغمى

عليه ويبعد طرد الخلاف فيه وقد قيل به وهو ضعيف لان ذلك
يعدم اصل القصد وطلاق المجنون والصبي كطلاق الهازل والجاهل وانما
لا نقع نظرا له والسكران لا يستوجب النظر ولذلك لا يسقط عنه قضا
العبادات بخلاف المجنون والاقيس مذهب المزني وهو الحاق السكران بالمجنون
في التصرفات الركن الرابع لنفوذ الطلاق المحل وهي المراه وفيه
فصلان احدهما انه لو اضاف الطلاق الى بعضها نفذ وكمل ولو اضاف الى
عضو معين نفذ عندنا خلافا لابي حنيفه ثم له ثلث درجات ان يضيف الى
جز متصل كاليد والراس والكبد والطحال وساير الاعضا الباطنه فلا
خلاف في وقوعه نعم الاذن المنفصله اذا اعادت ملتحمه او الشعره الساقطه
اذا انغرست في موضع اخر ففي الاضافه اليه خلاف الثانيه ان يضيف
الى فضلات بدنها كالبول واللبن والعرق والدمع والمني فالصحيح انه لا نقع
وفيه وجه بعيد انه نقع ولم نطرد ذلك الوجه في الجنين لانه كالمستقل
ثم ترددوا في الدم والشحم انه يلحق بالفضلات او بالاجزا من حيث ان الدم كالقوام
للروح والشحم يشبه السمن ولو قال سمنك طالق نفذ الثالثه الاضافه
الى الصفه كقوله حسنك او لونك او بياضك طالق وذلك لاغ لان الوصف
تابع لا يقبل الاضافه دون الموصوف نعم لو قال روحك او حياتك طالق قالوا
انه نقع لان الروح جوهر هو اصل والحيوه كذلك ولا يحتمل نظر الفقها
الخوض في الفرق بين الروح والحيوه فرع لو قال ان دخلت الدار فيمينك
طالق فقطعت يمينها ثم دخلت ففي الطلاق وجهان مبنيان على ان سعد الطلاق
المضاف الى الجز بطريق التسري منه او بطريق جعل ذكر البعض عباره
عن الكل وفيه خلاف فان قيل بالتسريه فلم يصادف اليمين حين سعد فيها فلا نقع

عليه وان جعل ذكر البعض عبارة عن الكل نفذ اما اذا قال المقطوعة اليمين
يمينك طالق فالصحيح انه لا يقع لانه وان جعل عبارة عن الجميع فحيث توجد ولا طلاق انه
لو قال لها ذكرك او حسنك طالق لا يقع لان المذكور مفقود الفصل
الثاني في اضافة الطلاق الى الزوج فاذا قال انا منك طالق ونوى الطلاق نفذ عندنا
خلافا لابي حنيفة لان من حيث ان الزوج محل للطلاق ولكن من حيث انه قيد عليها والمحل
تارة تضاف الى القيد وتارة تضاف الى المقيد ولانه في حجر بسببها عن نكاح اختها
واربع نسوة سواها وفي قيد من لوازم النكاح فيصلح ذلك للكناية ومن الاصحاب من زعم
ان الرجل محل الطلاق وانه معقود عليه كالزوجة وهو ضعيف اذ لو كان كذلك
لما افتقر الى النية ولحرم عليه ان ينكح غيرها نعم اذا نوى الطلاق فهل يشترط مع ذلك
ان ينوي الاضافة اليها اختلفوا فيه فقال القاضي لا يشترط ذلك لان الطلاق يرد على العقد
واذا نواه لم يفتقر الى اضافة اليها فرع اذا قال اعتد منك او استبرئ رحمي
منك فهذا ليس بكناية لانه ليس ينتظم اضافته الى الرجل بخلاف سائر الكنايات كقوله
ابنت نفسي منك وانا خلي وبري عنك وكذلك لا يستطيع ان يقول السيد لعبده انا منك
حر اذ ليس عليه حجر بسبب الرق وفيه وجه انه ايضا كناية الركن الخامس
الولاية على المحل فاذا قال لاجنبية انت طالق لم ينقص عدد طلاقه لو نكحها بعد ذلك
ولو قال ذلك للرجعية نقص العدد لان ولاية النكاح باقية عليها ولو قال للمختلعة
لم يقع وقال ابو حنيفة يقع وينقص العدد واكتفى ببقاء العدة علقة وولاية على المحل
ولو قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق فنكحها ودخلت الدار لم يقع اتفاقا
لعدم الولاية حالة اللفظ ولو قال ان نكحتك فانت طالق فنكحها لم تطلق لعدم
الولاية وقال ابو حنيفة ينفذ لان الولاية يراد عند النفوذ وقد وجدت نعم اختلف
الاصحاب في اصلين احدهما انه لو قال العبد لزوجته ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فعتق
ودخلت الدار هل يقع الثالثة ولم يملك الثالثة عند التعليق فمنهم من قال لا يقع لعدم
الملك ومنهم من قال يقع لوجود النكاح المبيح للطلاق الثلاث عند العتق وكان
ملك الاصل يقام مقام ملك الفرع وكذلك الخلاف فيما لو قال لجاريته اذا ولدت
فولدك حر لان ملك الاصل المبيح لملك الولد فائدته التصرف فيه وفي منافع
التصرف

عند ملك الدارم

الدار هم الاصل الثاني ان دوام الولاية بين التعليق والصفة هل يشترط بيانه انه لو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثم ابانها ثم جدد نكاحها ودخلت ففيه قولان يعبر عنهما بعود الحنث احدهما انه يقع لوجود الولاية عند التعليق والصفة والثاني لا لان الواقع في هذا النكاح طلاق تقيده هذا النكاح وذلك لم ملكه عند التعليق ولو علق الثلاث على الدخول ثم نجز الثلاث ثم جدد النكاح فالمنصوص انه لا يعود وفي القديم قول ضعيف انه يعود وهو مجرد نظر الى وجود الولاية في الطرفين اما اذا علق طلقة واحدة ثم قال نجزت تلك الطلقة المعلقة ثم جدد نكاحها ودخلت فمنهم من الحق هذا بتنجيز الثلاث ومنهم من قال الطلاق لا يتعين بتعيينه فليلتحق هذا بمحل القولين هذا كله اذا لم توجد الصفة حالة البينونة فلو وجدت انحلت اليمين ولا تعود قولا واحدا هذا تمام النظر في اركان الطلاق واختتام الباب بذكر اصلين في ملك الطلاق احدهما ان من طلق ثلاثا حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره ولو طلق واحدة او ثنتين فنكحت زوجا اخر ثم عادت اليه لم تعد الا ببقية الطلاق وقال ابو حنيفة وطء الزوج الثاني يهدم الطلقات الماضية فتعود اليه بثلاث ثم التحليل انما يحصل بوطء تام في نكاح صحيح عن محلل اما الوطء فقد حده فيه تغيب الحشفة من الخصي وتغيب قدر الحشفة من المجبوب بعضه ونزول المراة على الزوج واستدخالها بالاصابع من غير انتشار الا في استدخال ذكر العنين ففيه خلاف والظاهر انه محلل والصحيح ان وطء الصبي محلل والاتيان في غير المأتى لا يحلل وكذلك تغيب بعض الحشفة واما النكاح فيخرج منه الوطء بملك اليمين فانه لا يحلل وكذا الوطء في النكاح الفاسد على القول الصحيح وفيه قول وفي الوطء بالشبهة خلاف مرتب واولى بان لا يحصل ثم ذلك اذا ظنها منكوحة فان ظنها مملوكة فلا يزيد ظن الملك على حقيقة الملك واما غير المحلل احترزنا به عن الوطء بعد طلاق رجعي تثبت الرجعة فيه باستدخال الماء الا بالوطء فالنص انه لا يحلل لانه محرم ويحتمل التحليل اذ لم يوجب المهر به فان فرعنا على انه يحلل في النكاح الفاسد فهذا اولى ولو وطئها بعد الارتداد فالنص انه لا يحلل وليس كالنكاح الفاسد فانه عالم بالتحريم اما في حالة الحيض والصوم محلل لانه لم يختل النكاح وكذلك في حال احرامها

خلافا لمالك ثم مهما ادعت ان المحلل وطيها كان للزوج بتصديقها بغير بينة لان
بنا العقود على قول العاقد ولكن اذا غلب على ظنه كذبها لم تحل له وطيها فرع
لو طلق زوجته الرقيقة ثلاثا ثم اشتراها لم تحل له وطيها الى ان يجري التحليل وفيه وجه
ان التحريم يختص بالنكاح ولا تحرم الوطي بملك اليمين بالطلقات الثلاث **الاصل الثاني**
ان الرق يوثر في نقصان عدد الطلاق فيملك الحر ثلاثا ويملك العبد طلقتين وقال ابو
حنيفة ينظر الى جانب النسا فيملك الحر والعبد ثلاثا فان كانت حرة فيملك ثلاثا سوا
كان الزوج عبدا او حرا وفي الامة يملك اثنتين سوا كان الزوج عبدا او حرا ولكن
وهذا على خلاف قوله صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنسا يعني العبرة
في الطلاق بالرجال ثم يتولد من الاصلين **فروع** ثلثة الاول لو طلق الذمي زوجته
الذمية طلقتين ثم التحق بدار الحرب فاسترق وقال ابن الحداد له ان ينكحها لانها لم تحرم بطلقتين
فطريان الرق بعده لا يوثر وفيه وجه انه لا ينكحها لانه في الحال رقيق وكيف يطلقها طلقة
ثالثة لو نكحها ولا خلاف انه لو طلق طلقة ثم طرى الرق فنكحها فلا يملك الا طلقة واحدة
ويحسب ما مضى عليه **الثاني** لو طلق في الرق طلقة ثم عتق فيملك طلقتين في الحرية لانه
لم يستوف عدد الرق ولو طلق في الرق طلقتين ثم عتق لم تحل له نكاحها لانها حرمت في الرق
وفيه وجه مزيف انه ينكحها **الثالث** اذا طلق العبد طلقتين وعتق ولم يدر السابق
هو الطلاق او العتق قال ابن الحداد حرم نكاحها لان الرق مستيقن وكذا الحر الطلاق ولو تسلك
في تقدم العتق على الطلاق وخالفه بعض الاصحاب وهو بعيد **الباب الثالث**
في حكم طلاق المريض اعلم ان طلاق المريض كطلاق الصحيح في النفوذ واما النظر في
انقطاع الميراث به لما فيه من الفرار عن التوريث قصدا وفيه قولان الجديد وهو القياس
والمشهور انه يقطع الميراث بالطلاق البائن كما في حالة الصحة وعلى هذا يقطع النوع
والثاني وهو القديم انه جعل فارا فيعارض بنقيض قصده ويورث زوجته ويدل
عليه قصة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه فنقول الفار على هذا القول من انشا تنجيز طلاق
زوجته الوارثة بغير رضاها فقد ادرجنا في الضابط خمسة قيود الاول الانشا
فاحترزنا به عن اقرار المريض بطلاق اسنده الى حالة الصحة فهو غير فار لان الاقرار
حجة ولذلك اذا اسند اقرار العتق الى الصحة لم يحسب من الثلث ولذلك جعل الاقرار

يستوفي المسلم

والشكل

الوارث وان لم يرث الا نسا وقال القاضي لا يبعد ان يجعل فارا لانه محجور عن انشا القطع وليس محجورا عن حق الوارث عن انشا الاستقراض والالتزام فكان له الاقرار
الفصل الثاني التنجيز فلو علق طلاق زوجته على قدوم زيد فقدم وهو مريض ففيه قولان يعبر عنهما بان العبره بحاله التعليق او بحال وجود الصفه والصحيح انه ليس فارا لانه ليس يظهر منه قصد الفرار اما اذا علقه بما لا بد من وجوده في المرض كقوله انت طالق اذا تردد الروح في شراسيفي او قبل موتي بلحظه فالصحيح ان هذا فار ومنهم من طرد الخلاف نظرا الى حاله التعليق وكذلك لو علق بفعل لابد من فعله نفسه ثم اتا به في المرض فالظاهر انه فار ومنهم من طرد القولين اما اذا قال انت طالق قبل موتي بيوم ثم مات فجاه فقد نفذ الطلاق في الصحه وظهر من ذلك قصد الفرار فقياس التهمه ان يجعل فارا ويحتمل ان ينظر الى الصحه وينقطع الميراث
الفصل الثالث الطلاق فلو فسخ نكاحها بعيب في المرض فلا يكون فارا ولو قذفها في الصحه ولاعن في المرض فلا يكون فارا ولو قذفها في الصحه ولاعن في المرض فليس بفار لان اللعان ضروره لدفع الحد والنسب وان انشا القذف واللعان في المرض فقد تردد الاصحاب فيه والظاهر انه غير فار ولو ارتد الزوج ثم عاد فالصحيح انه ليس بفار لانه ليس يقصد بالرده ذلك وذكر العراقيون وجهين وطردوا ذلك في المراه اذا ارتدت في المرض وجعلوها فاره عن ميراثه وهذا بعيد
الفصل الرابع الزوجه الوارثه فلو طلق زوجته الذميه فاسلمت او الرقيقه فعتقت فلا يكون فارا لانها لم تكن وارثه عند الطلاق ولا يبعد تخيل خلاف من نزع المرتد على اخيه في مرضه وهو محجور بولاده ثم مات ولده فانه فيه قولان
الفصل الخامس هو ان لا يعتبر رضاها فلو خالعها او طلقها بسوالها او علق الطلاق بفعلها الذي لا ضروره لها فيه ولا حاجه ففعلت فليس فارا ومنهم من طرد القولين ولم يجعل لرضاها اثرا اما اذا علق الطلاق باكلها او ما تحتاج اليه وتتضرر بتركه فهو فار قطعا فان قيل فلو تمادا المرض بعد الطلاق فالى متى تتمادى توريثها قلنا فيه ثلاثه اقوال احدها انه يتمادى ابدا والثاني الى انقضا العده والثالث الى ان تنكح زوجا اخر

الباب الرابع في تعديد الطلاق وفيه ثلثه فصول

الفصل الاول في نيه العدد فاذا قال انت طالق او طلقتك ونوى عددا
وقع ما نوى لان المصدر مضمر فيه وهو محتمل للجنس الشامل للعدد وقال
ابو حنيفه لا يقع الا واحده وسلّم انه لو قال انت باين ونوى ثلاثا نفذ فان نوى
اثنتين قال لا ينفذ فروع الاول اذا قال انت طالق واحده ونوى الثلث
ففيه ثلثه اوجه احدها لا ينفذ لان الواحده تنافي العدد والثاني انه يقع وكانه
يضمر توحدها واحده بالطلاق الثلث والثالث وهو اختيار القفال انه ان بسط النيه
على جميع اللفظ لم يقع وان نوى الثلث بقوله انت طالق وذكر الواحده بعد وقوع
الثلث في لم يوثر ذكر الواحده وهذا بنا على المذهب الصحيح الذي ادعى الفارسي
الاجماع فيه وهو انه اذا قال انت طالق ولم يكن في عزمه ان يقول ان شا الله
ثم قال متصلا به انه لا يوثر ومن الاصحاب من خالفه وقال اذا اتصل الاستثنا اوقصد به
لم يقع الطلاق وعلى هذا الاتجه قول القفال الثاني اذا قال انت واحده ونوى به
توحدها بالطلاق والثلث وقع الثلث وان لم تخطر بباله معنى التوحد ولكن نوى
الثلث ففيه تردد واحتمال الثالث اذا قال انت طالق ثلاثا ولكن وقع قوله ثلاثا
في حال موتها بان مات مقترنا به ففيه ثلاثه اوجه احدها انه يقع الثلث لان الثلث
كالتفسير والمفسَّر وجد في الحيوه والثاني انه يقع واحده بقوله انت طالق الا واحده
ويلغوا العدد والثالث انه لا يقع شي لانها ماتت قبل تمام الكلام الفصل
الثاني في تكرير الطلاق وفيه مسايل الاولى اذا قال لمدخول بها انت طالق انت طالق
انت طالق فان قصد التكرار نفذ الثلاث وان قصد التاكيد لم يقع الا واحده وان نوى
بالثانيه الايقاع وبالثالثه التاكيد للثانيه وقع ثنتان وان نوى بالثالثه تاكيد الاولى
لم يقبل ووقع الثلث لان تخلل الفصل يمنع قصد التاكيد وان اطلق فقولان احدهما انه
يحمل على التاكيد لانه معتاد في لسان العرب فلا يقع الا واحده والثاني يقع الثلث
لانه تلفظ ثلاث مرات وانما يصرف الطلاق بقصد صحيح عن جهته ولم يقصد صرفه
الى التاكيد وان قال انت طالق فله ان يقصد التاكيد وان قال انت طالق وطالق لم يكن

طالق

84

قصد التاكيد لتخلل الواو الفاصلة اذ المؤكد ينبغي ان يساوي المؤكد ولو قال انت طالق وطالق وطالق وقصد بالثالثة تاكيد الثانية جاز ولو قصد تاكيد الاولى لم يجز لتخلل الفصل ولو قال انت طالق وطالق بل طالق وقع الثلث وامتنع قصد التاكيد لتغاير الالفاظ وكذلك قوله انت طالق وطالق ثم طالق ولو قال انت طالق طالق وانت طالق فيجوز ان يجعل الثالثة تاكيدا للثانية وان تخلل قوله انت لان اعادة اداة الضمير تحتمل في التاكيد

المسالة الثانية اذا قال انت طالق طلقة فطلقة نص على وقوع ثنتين في المدخول بها وجميع هذه المسائل في المدخول بها اذ لا يتصور تعاقب الطلاق قبل الدخول ولو قال لفلان علي درهم فدرهم نص على انه يلزمه درهم واحد فقيل قولان بالنقل والتخريج وقيل الفرق ان التكرار يتطرق الى الاخبار والمخبر لكن لو تكرر في المجلس لم يتكرر بخلاف الانشا وكذلك لو قال لفلان علي درهم بل درهما لا يلزمه الا درهمان ولو قال انت طالق طلقة بل طلقتين وقع الثلاث لانه يتطرق الى ما سبق انشاؤه ويتطرق الى الاخبار الثالثة اذا قال انت طالق طلقة مع طلقة او معها طلقة او تحت طلقة او فوقها طلقة او فوق طلقة او فوقها طلقة يقتضي الجمع بين طلقتين فيقع في المدخول بها طلقتان وفي غير المدخول بها وجهان احدهما تقع ثنتان لان الجمع ممكن كما لو قال انت طالق طلقتين والثاني انه تقع واحدة لان قوله طلقة كلام تام والثاني ليس بتفسير له بخلاف قوله انت طالق ثلاثا فان الثلث تفسير الطلاق ولو قال لها انت طالق فطالق بانت بالاولى ولغا قوله فطالق الواقع قبل الدخول ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق وطالق فهل تقع ثنتان او واحدة عند الدخول فيه وجهان وجهه ان الدخول يجعل كالجامع بين الطلقتين المذكورتين الرابعة اذا قال انت طالق طلقة قبل طلقة او قبلها طلقة او بعد طلقة او بعدها طلقة تنفذ طلقتان في المدخول بها ولكن الواقع اولا المضمون بقوله طلقة او مضمون قوله قبلها طلقة فيه وجهان يتطرق احدهما الى اللفظ واللفظ الاول قوله طلقة وفي الثاني الى المعنى وهو قوله قبلها طلقة وان ذكره اخرا فقد قدمه بالمعنى والاصح اتباع المعنى فيقع اولا مضمون قوله قبلها طلقة وكلاهما يقعان بعد فراغه من تمام لفظه فعلى هذا اذا خاطب بذلك غير المدخول بها

فان قلنا ان الواقع اولا مصور قوله طلقه وقعت واحده ولم تعتقها الثانيه وان قلنا الواقع اولا المصور قوله قبلها طلقه لم يتصور ان يقع تلك وحدها ولا ان يقع بعدها طلقه فيودى الى الدور فقياس مذهب ابن الحداد انه لا يقع شي وقياس مذهب ابي زيد انه يلغوا قوله قبلها طلقه للتعذر ويبقى قوله انت طالق طلقه فيقع واحده

الفصل الثالث في الطلاق بالحساب وهو على ثلاثة اقسام الاول الحساب الضرب فاذا قال انت طالق واحده في اثنين او اثنين في اثنين واراد الحساب بطريق الضرب حمل عليه وان اراد الجمع حمل عليه لان في قد يراد بها مع والاحتمال البعيد مقبول في الايقاع وان لم يقبل في نفي الطلاق وان اراد الظرف قبل ولم يقع ما جعله ظرفا وان اطلق فقولان احدهما يحمل على الحساب لظهور ذلك في اللسان والثاني انه يحمل على الظرف لا به يحتملهما والشرع على الاقل المستيقن اولا وحكي قول ثالث انه يقع الثلاث لتلفظه وهو بعيد ومهما كان جاهلا لا يفهم معنى الحساب قطع المحققون بانه لا يحمل في حقه على الحساب

فرع الجاهل بالحساب اذا قال اردت بذلك ما يريده الحساب ففيه وجهان احدهما انه يحمل لارادته والثاني لا لان ارادة ما لا يفهمه محال ويجري هذا الخلاف فيما لو قال طلقت زوجتي مثل ما طلق فلان زوجته وهو لا يدري ذلك ومهما احتمل في الاحرام ان يقول اهللت باهلال كاهلال فلان وهو لا يدري فلا يبعد ان يحتمل في الطلاق

القسم الثاني في تجزيه الطلاق وفيه مسايل احدها لو قال انت طالق نصف طلقه او ربع طلقه نفذ وكمل لا بطريق السرايه بل بان يجعل البعض عباره عن الكل ولو قال انت طالق ثلاثة انصاف طلقه ففيه وجهان احدهما لا يقع الا واحده لان المضاف اليه واحده والثاني انه يقع طلقتان فكانه قال طلقه ونصفا وكذا الخلاف في قوله خمسه ارباع واربعه اثلاث وما تزيد اجزاوه على واحده الثانيه اذا قال انت طالق نصفي طلقه فالصحيح يقع واحده ولو قال نصف طلقتين فالصحيح انه يقع واحده لا كما لو كان في يده عبدان فقال لفلان نصف العبدين ثم فسر باحدهما لم يقبل اذ نصف الاثنين اثنان نسبه من المطلقين واحد واما المعنى فلا يتجه منه ذلك وقد قيل يقع طلقتان فان فسر بواحده بين قبل وهل يقبل ظاهرا فيه وجهان الثالثه لو قال انت طالق سدس

فهي طلقة

وربع وثلث طلقة واحدة ولو كرر الطلقة فقال سدس طلقة وربع طلقة وثلث طلقة
فمنهم من اوقع الثلاث ومنهم من رد جميع ذلك الى طلقة واحدة وجعل تكراره
للتأكيد ه القسم الثالث في اشتراك نسوة في الطلاق وفيه مسايل الاولى لو
قال لاربع نسوة اوقعت عليكن طلقة طلقت كل واحدة طلقة اذ لكل واحدة ربع
طلقة ولو قال طلقتين او ثلاثا او اربعا فلا تزيد كل واحدة على طلقة ما لم يجاوز الاربع
فان قال اوقعت عليكن خمس طلقات طلقت كل واحدة ثنتين ولا زايد الى ثماني فاذا قال
تسع طلقات طلقت كل واحدة ثلاثا اما اذا قال اوقعت بينكن طلقة فهو كقوله اوقعت
عليكن طلقة ان اطلق وان اظهر تفسيرا يخالف ذلك فهل يقبل فيه اربعة اوجه احدها
انه يقبل كلما تريد به من تخصيص واضمار لاحتمال والثاني انه لا يقبل اصلا ما يخالف
الاشتراك لانه تصير الكلام كالمستنكر ه والثالث يقبل بشرط ان لا تخرج واحدة
منهن عن الطلاق حتى لو قال اوقعت بينكن ثلث طلقات ثم اراد تخصيص زينب بطلقتين
وبربع واحدة على الباقيات ولو اراد اخراج واحدة لم يجز ه والرابع انه يقبل بلغ
التخصيص والاخراج بشرط ان لا يعطل طلاقا حتى لو قال اوقعت بينكن اربع طلقات
ثم خص زينب حتى تتعطل الرابعة لم يجز نعم يقبل في اختصاص زينب بها وبقي الرابعة
تدور على البواقي وتطلق كل واحدة طلقة الثانية اذا قال اوقعت عليكن سدس طلقة
وربع طلقة وثلث طلقة فان قلنا ان هذا في الواحدة محمول على ثلث طلقات فان العراقيون
طلقت كل واحدة ثلاثا اذ توزع كل جزء على الجميع ويحتمل ان يقال ان ذلك ثلاث طلقات
ولو اوقع بينهن ثلاثا لم يطلق كل واحدة الا طلقة واحدة الثالثة اذا قال لثلاث نسوة
اوقعت بينكن طلقة ثم قال للرابعة اشركتك معهن فان لم ينو لم يقع شي لانه كناية
وان نوى الطلاق ولكن لم يخطر بباله كيفية الاشتراك قال القفال يقع عليها طلقتان لانه
اشركها ان يكون لها نصف ما لهن ولهن ثلث فنصفه واحدة ونصف فيكمل طلقتان وقال
الشيخ ابو علي يقع واحدة لان مطلق الاشتراك لا يقتضي مساواة الشريكين ه الباب بلغ
الخامس في الاستثنا وله شروط ثلاثة احدها ان لا يستغرق المستثنى
عنه والثاني ان يتصل بالمستثنى عنه فلو انفصل لم يصح وقال ابن عباس يصح الاستثنا المنفصل

ولو بزمان يسير

وهذا بعيده الثالث ان يكون قصد الاستثنى مقرونا باول الكلام
فان قال انت طالق ثم بدا له متصلا بالفراغ ان يقول ان شا الله قال ابو بكر
الفارسي هو باطل بالاجماع وخالفه بعض الاصحاب وعزى ذلك الى الاستاذ
ابى اسحق وقال شرطه اتصال اللفظ اما اقتران النيه فليس بشرط وكلام
الفارسي اصح وشرح هذه المسايل في فصلين الفصل الاول في الاستثنى
المستغرق وفيه مسايل الاولى اذا قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا وقع الثلاث
وبطل الاستثنى لاستغراقه وناقضه ولو قال انت طالق ثلاثا الا اثنين
وواحده ففيه وجهان احدهما انه جمع استثنا وه وجعل مستغرقا فبطل
وتقع الثلاث والثاني ان الاستغراق وقع بقوله وواحده فيلغى هذا القدر
ويعتبر الباقي وكذلك الاختلاف في قوله انت طالق طلقتين وواحده الا واحده
فان جمع المستثنى عنه صح الاستثنى وان فرق بطل وكذا لو قال انت طالق واحده
وواحده وواحده الا واحده وكذا لو قال انت طالق ثلاثا الا واحده وواحده
وواحده ولو قال انت طالق واحده وواحده وواحده الا واحده وواحده وواحده
وقع ثلاث على الوجهين لان من جمع جمع على الجانبين ومن فرق وكذلك فهو مستغرق
بكل حال المساله الثانيه الاستثنى من الاستثنى صحيح ومعناه نقيض
المستثنى عنه وهو من النفي اثبات ومن الاثبات نفي ولو قال انت طالق ثلاثا الا اثنين
الا واحده معناه الا اثنين لا تقع الا واحده من الاثنين تقع فيقع اثنتان ولو قال
انت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا ثلاثا الا واحده ففيه ثلاثه اوجه احدها انه تقع لان الاول
مستغرق فلغا والاخر استثنا من لاغ والثاني وهو الصحيح انه تقع واحده
لان الكلام باخره وقد اخرجه عن الاستغراق بالاستدراك والثالث ان الاستثنى
الاول يلغو ويصير الاخير استثنى عن الاول وهذا تحكم فاسد الثالثه

قال ابن الحداد اذا قال انت طالق خمسا الا ثلاثا وقعت ثنتان وكانه زاد
لتوسيع الاستثنا ومنهم من قال الخمس كالثلاث والاستثنا مستغرق فبطل
ولا نظر الى الزياده ولو قال انت طالق اربعا الا اثنين فعلى مذهب ابن الحداد تقع
اثنتان وعلى الوجه الاخير تقع واحده وكانه قال ثلاثا الا اثنين الرابعه
اذا قال انت طالق ثلاثا الا نصف طلقه وقع الثلاث لانه ابقا النصف فكمل
وفيه وجه ان استثنا النصف كاستثنا الكل كما ان ايقاع النصف كايقاع
الكل **الفصل الثاني في التعليق بالمشيه وفيه مسايل الاولى**
اذا قال انت طالق ان شا الله او انت حر ان شا الله لم يقع الطلاق ولا العتق
لان مشيه الله غيب لا ندري فصار الوصف المعلق به مجهولا وقال مالك
لا يقع الطلاق ويقع العتق ونص الشافعي انه لو قال انت علي كظهر امي ان شا الله
انه يكون مظاهرا فمن الاصحاب من طرد هذا في الطلاق وساير العقود ومنهم
من فرق بان الظهار اخبار وتعليق الاخبار بالمشيه لا يصح ولذلك لو قال لفلان علي عشره
ان شا الله يلزمه العشره والانشا يحتمل التعليق ومنهم من سوى بين العقود
والاقرار وجوز الاستثنا بالمشيه في الجميع وعليه التفريع الثانيه
اذا قال يا طالق ان شا الله الظاهر انه يقع لان الاستثنا عن الاسم لا ينتظم انما
ينتظم عن الانشا وفيه نظر لان هذا الاسم معناه الانشا ولذلك قال بعضهم انه
لا يقع شي اما اذا قال يا طالق انت طالق ثلاثا ان شا الله انصرف الاستثنا
الى الثلاث ووقعت واحده لقوله يا طالق ولو قال انت طالق ثلاثا يا طالق
ان شا الله قال الاصحاب لا يقع شي لان قوله يا طالق لا يمنع الاستثنا فيه تفريعا
على الظاهر فرجع الاستثنا الى الثلاث وتخلل قوله يا طالق لا يرفع الاستثنا لانه
من حسن الكلام وهو كقوله انت طالق ثلاثا يا حفصه ان شا الله الثالثه

اذا قال انت طالق ثلاثا ان لم يشا الله او الا ان يشا الله فموجب اللفظين واحد
ومعناه التعليق بعدم المشيه فكما لم تعرف المشيه لا تعرف عدمها فقياس ذلك
ان لا يقع الطلاق ونص عليه الشافعي بل ههنا اولى لانه تعليق على محال اذ يستحيل
ان يقع الطلاق بخلاف مشيه الله تعالى فهو كما لو قال انت طالق ان صعدت السما وقال
صاحب التلخيص يحتمل ان يقال يقع بخلاف التعليق بالصعود لان الصعود ممكن في نفسه
والطلاق بخلاف المشيه محال فكانه قال انت طالق طلاقا لا يقع وحكي عن القاضي
انه اختار وقوع الطلاق ههنا وهو بعيد لانه لو قال انت طالق ان اجتمع السواد
والبياض لم يقع لانه تعليق بمحال فكذلك قوله ان خالف طلاقك مشيه الله فانه
ايضا محال نعم يحتمل ماخذا اخر وهو انه لو قال انت طالق ان لم يدخل زيد الدار
لم يقع فان مات زيد قبل الدخول تبين وقوعه قبيل الموت فان مات واشكل الدخول
ففيه وجهان احدهما انه لا يقع لان الاصل عدم الوقوع والثاني انه يقع لانه نجز الطلاق
ونسي ولم يثبت الاستثنا وهذا الوجه اظهر في قوله انت طالق الا ان يدخل زيد الدار
فان هذه صيغة الاستثنا والصحيح انه لا فرق بين الصيغتين فعلى هذا الاسعد ان يقال
بعدم مشيه الله تعالى مستثنيهم فيقع الطلاق ولذلك فهذا وجه المتكلف والصحيح
انه لا يقع اذ لو وقع لكان الله سبحانه قد شا وقوعه وهو انما علق الطلاق بعدم المشيه
الا انه اذا لم يقع تبين ان الله تعالى لم يشا فقد تحقق الوصف الذي علق عليه فينبغي ان
يقع ثم بالوقوع ينتفي الوصف فالشرط والجزا ههنا متضادان لا يجتمعان ومتقابلان
الطرفان التعليق على هذا الوجه هل يصح وليس كما اذا علق باجتماع السواد والبياض
لان التضاد بين السواد والبياض لا بين الاجتماع والطلاق ولا تضاد بين الجزا والشرط
ويشبه هذا من مسالة الدور فان قوله لعمرة المدخول بها ان طلقتك فانت طالق قبله
فيه تضاد بين الشرط والجزا فالغاه ابو زيد لذلك واعتبره ابن الحداد وهذه
المسالة ملتفتة عليه فان قيل اذا قال انت طالق ان شا الله فما معنى التردد في مشيه
ومشيه قديمه لا يتردد فيها فان اريد تعلقها فلا تعلم اما ان يراد تعلقها
تعلقها

صوابه تبين وقوع الطلاق قبل الموت
بين المشيئتين في

بلفظ الطلاق او بحكمه فان اريد باللفظ فقد سبق اللفظ لانه قد جرى وان
اريد الحكم فالحكم قديم والارادة لا يتعلق بالقديم لان الحكم كلام مسوق معناه (في الطلاق)
مسببه حكم الطلاق والمسببه قديمه ولكن المراد ان يجري قولها عند الحدوث تعلق
بالارادة القديمة وان كان لها قبل الحدوث نوع تعلق على وجه اخر وذلك التعلق المجدد
مشكوك فيه واما قوله الحكم قديم فالارادة فهو كذلك ولكن تصيير المراة محرمة وصف
حادث يستدعي تعلقا جديدا للكلام القديم به وللخطاب القديم تعلقات متجددة
كما للارادة والاحكام تبنى على التعلقات المتجددة لا على الاصل القديم

الباب السادس في الشك في الطلاق وفي محله

(بلغ قراءة)

اما الشك في الطلاق فصورته ان يتردد في انه طلق ام لا فالاصل ان لا طلاق فيأخذ بالاستصحاب كما
اذا تيقن الطهارة وشك في الحدث لانه لا مجال للاجتهاد في الطلاق والحدث فالاستصحاب
يكفي وليس ذلك كطلاق يختلف الفقهاء في وقوعه فانه لا يجعل مشكوكا بل يجب الاجتهاد
على ما يقتضيه الاجتهاد وكذلك اذا طار طاير فقال ان كان هذا غرابا فامرأتي
طالق وشك لم يقع الطلاق الا اذا استيقن انه غراب فلو قال الاخر ان لم يكن غرابا
فامرأتي طالق لم يقع طلاقه ايضا لانه لو انفرد لم يقع فتقدم غيره لا يغير
حكمه اما اذا كان له زوجتان فقال ان كان هذا غرابا فعمرة طالق وان لم يكن غرابا
فزينب طالق حرمت واحدة وعليه ان يجتنبهما لانه اتحد الشخص فيحصل اليقين
بحرمة احدهما **فرع** لو جرى ذلك في عبدين من رجلين فلكل واحد ان يتصرف في عبده
فلو اشترى احدهما العبد الاخر جمعا في ملكه حجر عليه فيهما الى ان يتعين (يتعين)
وفيه وجه اخر انه يحجر في المشترى لان الاول كان يتصرف فيه فلا يبطل حكمه بشرى
الاخر والصحيح هو الاول فلو باع الاول ثم اشترى الثاني فيحتمل ان يقال له التصرف في
الثاني لانه شك في واقعة بعد العقد فهو كما لو صلى صلوة الى جهة ثم تغير اجتهاده
الى جهة اخرى صلى الى الجهة الاخرى ولم يقض الاولى ويحتمل خلافه لان الاستصحاب ضعيف
بالاضافة الى الاجتهاد اما اذا الشك في محل الطلاق كما اذا طلق واحدة منهما ثم نسي

فعليه التوقف الى التذكر ولو قال لزوجته واجنبية احداكما طالق ثم قال
اردت الاجنبية فهل يقبل فيه وجهان احدهما لا لانها ليست محلا للطلاق والثاني نعم وهو
الاظهر لان اللفظ مبهم يحتمل هذا ثم راجع ح بعض ولو قال لزوجتيه احداكما طالق وطولب
بالتعيين فان كان قد نوى واحدة معينة طولب بالكشف والصحيح ان عدتهما من وقت الابهام
وان لم ينو طولب بتعيين واحدة للوقوع فاذا عين فيقع الطلاق بالتعيين او يتبين وقوعه
بالابهام فيه وجهان احدهما انه يقع بالابهام والتعيين كالبيان له والتنصيص على محله
فيحسب العدة من ذلك الوقت على الصحيح كما اذا نوى والثاني انه يقع بالتعيين لانه لو وقع
قبله لوقع على غير محل فانه بين المحل الان ولكن لما اوقع من غير بيان محل الزمناه
بيان المحل ثم في التعيين نظر في حال الحيوة وبعد الموت النظر الاول في الحيوة
وفيه مسائل الاولى انه يلزمه التعيين ويطالب به ويجب على الفور كما لو اسلم على عشر
نسوة ويعصي بالتاخير ولو ابهم طلقة رجعية ففي وجوب التعيين في الحال وجهان لان
التحريم قد حصل ولكن النكاح لم ينقطع الثانية انه يلزمه نفقتهما قبل التعيين
وان طالت المدة وكذلك ان نوى واحدة ولم يبين وكذلك في مسألة الغراب ان كان
يتبين لان حجر النكاح مطرد فلا بد من النفقة الثالثة اذا وطئ احداهما فان قلنا
الطلاق يقع بالتعيين لم يكن ذلك تعيينا وان قلنا انه كالبيان على انه يصلح ان يجعل ذلك
بيانا للمنكوحة وكذا الخلاف اذا وطئ احدى امتيه وقد ابهم العتق بينهما وحيث
جعلنا الوطء تعيينا فلا مهر لها وان لم نجعله تعيينا فعين الاخرى للنكاح ففي
وجوب المهر وجهان مبنيان على وقت وقوع الطلاق الرابعة اذا ماتتا
او احداهما لم يسقط المطالبة بالتعيين لاجل الميراث وهذا يؤيد قولنا ان الطلاق
لا يقع بالتعيين وعلى الوجه الاخر اختلفوا فمنهم من قال ها هنا يحمل التعيين للضرورة
على البيان لا على الايقاع ومنهم من قال يتبين وقوع الطلاق على المعينة قبل موتها وهذا
كما نقول في المبيع اذا تلف فانا نتبين الانفساخ قبل التلف للضرورة الخامسة
في صيغ التعيين وفيه صور منها احداها ان يقول نويتهما جميعا فلا يقع عليهما الا الطلاق
المحتملة ولكنه اقر لهما بالطلاق وفي الحكم لواحدة منهما مؤاخذته بذلك ولو قال اردت

هذه ثم هذه قال القاضي يطلق الاولى دون الثانية لان لفظه لا يحتمل الجمع قال امام الحرمين
الوجه ان يكون اقرارا للثانية ايضا ويلغى قوله ثم كما اذا قال هذه الدار لزيد ثم لعمرو
فان لعمرو مواخذته ولو قال اردت هذه بعد هذه فعند القاضي يقع على الثانية لانها
مقدمة في المعنى وان تاخرت في الذكر وعلى مذهب الامام يواخذ بهما الصورة الثانية
ان يبهم طلاقا بين ثلاث نسوة ثم تجلس اثنتين في جانب والثالثة في جانب ثم قال اردت هذه
ووقف عليها ثم قال او هذه وهذه فنقول لم يرتفع الابهام فلو عين الثالثة تعينت الاخريان
للنكاح ولو عين احداهما شاركتها صاحبتها لانه جمعهما في اللفظ والاقرار بقوله هذه
وهذه وانما تعينت لشركة صاحبتها لو وقفتها في الصيغة فلو قال على الترتيب هذه او
هذه وهذه احتمل ان يكون الثالثة شريكة الاولى وشريكة الثانية فيرجع اليه ويقبل
في ذلك قوله هذا كله اذا كان قد نوى اما اذا ابهم الطلاق من غير نية فطلقت
فقال عينت هذه او هذه فيلغو قوله فلو قال عينت هذه وهذه تعينت الاولى ولغى قوله
في الثانية لانه ليس اقرارا حتى يواخذ به بل هو انشا ولا يستقل بنفسه انشا اذ لم يسبق
لفظ صالح للجمع في **المسالة الثانية** في النزاع وله صورة
احداها لو كان قد نوى فادعت واحدة انه ارادها فانكر فالقول قوله ولو نكل حلفت
وتعينت للطلاق بيمينها وتعينت الاخرى باقرار الزوج لها حتى لا يكون الثانية الصورة
ان يكون قد طلق واحدة معينة منهما لا بعينها فقالت واحدة طلقتني فلا يقبل قول
الزوج نسيت بل عليه ان يحلف على البت انه ما طلقها فان نكل حلفت على البت وحكم
لها ولو قبلنا يمين الرجل على نفي العلم والنسيان للزم في الاستغراض وسائر الدعاوى
الصورة الثالثة في مسالة الغراب كان غرابا فانا طالق وانكر الزوج فعليه
ان يحلف على البت انه لم يكن غرابا ولو علق على دخولها او دخول غيرها فسارعا اكتفى
منه بيمين واحدة على نفي العلم بالدخول هكذا قاله امامي وليس يتبين لي فرق بينهما اصلا
بل ينبغي ان يقال عليه يمين جازمة او يكون في المسالتين جميعا **النظر الثاني**
فيما بعد الموت وفيه مسايل ثلث احدها اذا ماتا جميعا فعليه التعيين فان كان
قد نوى بقلبه ويمين فللوارث تحليفه لاجل الميراث وان لم يكن قد نوى فعين لم يكن لهم التحليف

لانه انشأ منوط باختياره وقال ابو حنيفة يحسم العتق بالموت وللزوج
نصف حقه من ميراث كل واحدة الثانية ان موت الزوج ايضا فهل للوارث التعيين
نظر فان كانتا في الحيوة فتوقف ميراث واحدة منهما حتى يصطلحا وليس لوارث الزوج
تعيين فان ماتت احداهما ثم مات الزوج ثم ماتت الاخرى فان عين الوارث الاولى للطلاق
فهو مقر على نفسه اذ حرم مورثه عن الميراث فيقبل وان عين الاخرة ليحرمها عن
ميراث مورثه ويجوز ميراث الاولى فهل له غرضه في تعيينه ثلاثة اقوال احدها
انه يقبل لانه خليفة المورث في خيار الشفعة وغيره فكذلك في هذا والثاني انه
لا اثر له لان حقوق النكاح لا تورث والثالث انه ان قال الزوج قد نوى هذه فله
ذلك فلعله سمعه او فهمه لقرينة وان قال لم ينو ولكنه اراد انشاء التعيين
لم يجز لان هذا الى الزوج وكذا الخلاف في تعيين الوارث اذا ابهم العتق بين عبدين
ومات لان للوارث غرضا فيه والعراقيون ارسلوا ذكر القولين في ان الوارث هل
يعين تعيين الزوج لو كان حيا ولم يفرقوا بين ان يكون له غرض او لا غرض وهذا
التفصيل ذكره القفال وهو احسن **الثالثة** اذا قال ان كان هذا غرابا
فزوجتي طالق وان لم يكن فعبدي حر فيحجر عليه فيهما جميعا لان المالك متحد وان
كان الحنث محققا فان مات قبل التعيين فهل للوارث ان يعين فيه طريقان احدهما
طرد القولين والثاني القطع بانه لا يعين لان للقرعة مدخلا في العتق فهو اولى من
التعيين وان لم يكن لها مدخل في الطلاق فاذا وقع الابهام في محض الارقاق فلا خلاف
ان المحكم القرعة فعلى هذا لو اقرعنا فخرج على الرقيق عتق وتعينت المراة للنكاح
وورثته وان خرج على المراة لم نطلق لان القرعة لا تؤثر في الطلاق ولكن هل تتعين
الرقيق للرق فيه وجهان احدهما نعم لان القرعة ان قصرت عن حكم الطلاق فيستعمل
في الرق والعتق والثاني لا لان تعيينه للرق فرع تعين المراة للطلاق بالقرعة
فاذا لم تعمل القرعة في محلها فكيف تعمل فيما يتبع ضمناله فعلى هذا يبقى
الابهام اذ كنا نتوقع بالقرعة بيانا ولم يحصل **النمط الثاني**

الفرع تمام الكلام

من الكتاب في التعليقات والطرفيه في قسمين في فصول مطولة وفي فروع
متبدده موجزه فلنقدم الفصول الفصل الاول في التعليق بالاوقات وهي
اربعة انواع النوع الاول في التعليق بمجي وقت منتظر وصيغة التعليق ان وفي معناه
اذا ومتى ومهما وان يقول ان طلعت الشمس او اذا طلعت الشمس واذا دخلت الدار
او ان دخلت الدار فالكل تعليق وقال مالك اذا علق بما يستيقن وقوعه كطلوع
الشمس وقع في الحال وهو ضعيف فنقول لو قال انت طالق في اول شهر رمضان طلقت
كما اهل الهلال مقرونا باول جزء منه ولا نقول ان في للظرف فيقتضي وقتا محتوشا
لو قيل من رمضان بل لا يشعر الا بتعلق الطلاق عليه ولو قال انت طالق في شهر رمضان
تكمل ولو قال انت طالق في يوم السبت طلقت مع طلوع الفجر وقال ابو حنيفه تقع في
اخر النهار واخر الشهر اتفاقا التفاتا الى ان الوجوب المعلق بالوقت الموسع يستقر باخره
ولو قال انت طالق في اخر شهر رمضان طلقت في اخر جزء منه وفيه وجه انها تطلق في
اول جزء من ليلة السادس عشر لان النصف الاخير كله اخر الشهر ولو قال انت
طالق اول اخر الشهر طلقت في اول اليوم الاخير على وجه وفي اول النصف الاخير على
وجه ولو قال في اخر اول الشهر فثلاثة اوجه احدها انه اخر النصف الاول والثاني
انه اخر الليلة الاولى والثالث انه اخر اليوم الاول ولو قال في سلخ الشهر فاوجه
احدها انه اخر جزء من الشهر اذ به الانسلاخ والثاني انه اول اليوم الاخير والثالث
انه اول جزء من الشهر لانه منه يأخذ في الانسلاخ وهذا ركيك ولو قال عند
انسلاخ الشهر لم يقع الا في اخر جزء من الشهر النوع الثاني التعليق بمضي
الاوقات فلو قال اذا مضى يوم فانت طالق وهو بالليل فيقع مع الغروب من الغد وان
كان بالنهار فالى ان يعود اليه النهار الى مثل وقته ولو قال اذا مضت السنة فتطلق
مع استهلال المحرم وان لم يكن قد بقي الا يوم ولو قال اذا مضت سنة فلابد
من اثني عشر شهرا من وقت اليمين وتكفي الاشهر العربية لكن الشهر الذي فيه
اذا كان في وسطه تكمل ثلثين من اخر السنة وقال ابو حنيفة اذا انكسر شهر

موجزه

منه يأخذ في الانسلاخ

انكسر جميع الشهور لانه لابد من التوالي ه النوع الثالث التعليق بالزمان
الماضي فاذا قال انت طالق بالامس وقال قصدت الان ايقاع الطلاق بالامس فلما هذا محال
لان حكم اللفظ لا يتقدم على اللفظ وهل يقع في الحال فيه وجهان احدهما نعم لان حكم
لفظه لو لحقه شمل الوقت الحاضر فيتعدى في القدر الممكن والثاني وهو الاقيس ان هذا
لغو من الكلام ولا يقع به شي ولو قال اوقعت الان طلقة ينتشر حكمها الى الامس ففيه
وجهان احدهما انه يقع ويلغى قوله ينتشر الى الامس لانه محال والثاني وهو اختيار الربيع
انه لا يقع لانه اوقع ما يتصف بهذه الصفة وما وصفه به فهو محال فلا يقع شي
ويرجع حقيقة الخلاف الى انه اذا وصف الطلاق بوصف جعله محالا يلغى اصل الطلاق
او الوصف في استدل الربيع بقوله انت طالق ان احييت ميتا او صعدت السما فانه لا يقع
واختلف الاصحاب فيه على ثلاثة اوجه منهم من وافقه ومنهم من قال يقع انما في
مسالة الصعود والاحيا وهو كقوله انت طالق طلاقا لا يقع ومنهم من فرق بين الاحيا
والصعود وقال الاحيا محال من المخلوق فهو كقوله طلاقا لا يقع واما الصعود
فممكن في نفسه والصحيح ان هذه التعليقات صحيحة والمقصود الابعاد كقوله
تعالى حتى يلج الجمل في سم الخياط فاما قوله طلاقا لا يقع فهو مناقض في ذاته وقوله
طلاقا ينعكس حكمه على ما مضى ليس بمناقض لكن خالف حكم الشرع فيتقدح فيه
التردد ولا باس بما ذكره الربيع فيه ولو قال اذا مات فلان فانت طالق قبله بشهر
صح فان مات قبل مضي الشهر لم يقع الطلاق لانه يودي الى التقدم على اللفظ ولو مات
بعد شهر تبينا وقوع الطلاق قبله بشهر وكذا لو قال قبل قدوم زيد وقبل دخول
الدار بشهر وقال ابو حنيفة يستند الطلاق في الموت دون القدوم والدخول وهو تحكم
ولو قال انت طالق امس غدا او غدا امس وقع في الحال لان اليوم هو امس غد وغد امس ولو
قال انت طالق في السنة الماضية ولم ينو فالظاهر الحكم بالطلاق لان ظاهره الاقرار
ولو قال اردت ان زوجا اخر طلقك او طلقتك انا في نكاح اخر ثم جددت فان اقام بينة
قبل والا حكم بالطلاق في الوقت ولو قال اردت طلقة رجعية فيقبل لانه يقدر على طلاق
في هذا النكاح ه النوع الرابع في التعليق بتكرر الاوقات وفيه مسالتان احداهما
اذا قال انت طالق ثلثا في كل سنة طلقة طلقت في الحال واحدة وواحدة في اول المحرم

من السنه الثانيه ان اراد السنين العربيه والثالثه في اول المحرم من السنه الثالثه ان بعت العده وان لم يرد السنه العربيه فلا نقع الثالثه ما لم تنقض سنه كامله من الاولى وان اطلق فوجهان على حسب الاحتمالين فلو ابانها ثم جدد النكاح في وسط السنه الثالثه وقلنا تعود الحنث طلقت كما نكحها وان كان اول السنه فوات لان جميع السنه وقت وانما علقنا في اول السنه عند دوام النكاح لمصادفه الوقت ٥ الثانيه لو قال انت طالق ثلاثا في كل يوم طلقت طلقه في الحال ووقعت الثانيه صبيحه اليوم الثاني ولو قال اردت ان يتخلل بين كل طلاقين يوم كامل قبل وهل يقبل ظاهرا فيه وجهان وهذا بخلاف السنه لان اليوم مقدر محصور لا يوجب الحساب تداخله كما يوجب تداخل السنين ٥ الفصل الثاني في التعليق بالتطليق ونفيه وله صيغ الاولى ان يقول ان طلقتك فانت طالق فاذا قال ذلك بعد الدخول فمهما طلقها واحده طلقت اخرى بالتعليق ولا يختص ذلك بالمجلس كقوله متى ما ومهما واذا وكذلك لا يقتضي فورا الا اذا علق بمستحق او باعطا مال فيختص بالمجلس لاقتضاء القرينه لا للفظ واما قبل الدخول فلا تقع الطلقه المعلقه لانها بانت بالاولى و كذلك بين الشافعي رحمه الله لو خالعها لم يقع الطلاق لانها بانت بالخلع فلا يلحقها طلاق وقد ظن اكثر الاصحاب ان هذا يدل على ان الجزا يترتب على الشرط ويقع بعده لانه لو وقع معه لوقع قبل الدخول ويكون كما لو قال انت طالق طلقتين ويشهد له ايضا انه لو قال لغانم مهما اعتقتك فسالم حر ثم اعتق غانما في المرض والثلث لا يفي بهما لم يعتق من سالم شي بخلاف ما لو اعتقهما جميعا فانه يقرع بينهما والصحيح ان الجزا مع الشرط لان الشرط جعل علة بالوضع فهو كالعلة الحقيقيه والمعلول مع العله وان كان بينهما ترتب عقلي في التسبب بل هو كحركه الخاتم فانه مع حركه اليد وان كان معلولا له وانما لم يقع قبل الدخول لان مقتضاه وقوع الطلاق مع اول حال البينونه واول حال البينونه يضاد الطلاق كما في حال البينونه ولاجل ذلك لو قال لها انت طالق طلقه معها طلقه لم يقع الا واحده على احد الوجهين بخلاف ما لو قال انت طالق طلقتين لان البينونه معلوله بمجموع الطلقتين وقوله طلقتين كالتفسير

طلقه

ولعلي ان نثبت

المعلول

فقال ان

لقوله طالق وكذلك لا يعتق سالم الا ان عتقه معلول عتق غانم فربما خرج الفرعه
على سالم فيعتق دون عتق غانم فيكون المعلول قد ثبت دون العلة وذلك محال وهذا
كلام دقيق عقلي ربما يقصر نظر الفقيه عنه ٥ المنظر الثاني في هذه المسالة
ان التعليق هل يكون تطليقا فاذا قال ان طلقتك فانت طالق ثم قال ان دخلت الدار فانت طالق
فدخلت وقعت طلقة بيمين الدخول واخرى بيمين التطليق لان التعليق مع الصفة تطليق
نعم مجرد التعليق ليس بتطليق وكذا لو تقدم التعليق ولم يوجد بعد نفسه الا مجرد
الصفة لم يكن تطليقا الا اذا قال اذا وقع عليك طلاقي فانت طالق فانه اذا وقع
بمجرد الصفة وقعت طلقة اخرى لانه وقوع وليس بايقاع وفي العراقيين وجه ان
التعليق مع الصفة ايضا ليس بتطليق وهو بعيد لا سيما فيما اذا علق بفعل نفسه
واتى بالفعل فرعان الاول اذا قال ان طلقت عمرة فحفصة طالق ثم قال ان طلقت
حفصة فعمرة طالق ثم بدا بحفصة وطلقها طلقت حفصة بالتنجيز وطلقت عمرة بالتعليق
طلقة وعادت طلقة الى حفصة من طلاق عمرة لان تعليق طلاق عمرة تراخى عن تعليق
طلاق حفصة فكان تطليقا لها وقد علق طلاق حفصة على تطليقها ولو بدا بعمرة وطلقها
وقع الطلاق على حفصة ولم يرجع طلاق الى عمرة لان تعليق طلاق حفصة سبق تعليق طلاق
عمرة فكان بالنسبة الى تعليق طلاق عمرة وقوعا محضا لا ايقاعا نعم لو ابدل لفظ
الايقاع بالوقوع وقع على المطلقة بتنجيز او طلقة اخرى تعليقا ولم يقع على الاخرى الا
طلقة واحدة لانه انحل اليمين لان حرف ان ومهما لا يقتضي التكرار بخلاف كلما
فينحل بوجود الصفة مرة واحدة ٥ الفرع الثاني اذا قال وله نسوة وعبيد
اذا طلقت واحدة فعبد من عبيدي حر واذا طلقت اثنتين فعبدان حران واذا طلقت ثلاثا
فثلاثة اعبد احرار واذا طلقت اربعا فاربعة اعبد احرار ثم طلق اربع نسوة عتق عشرة
اعبد لانه حنث في الايمان الاربعة لان في ذلك الاربعة اربعة وثلاثة واثنين وواحد وذلك
عشرة ولو ابدل اذا بكلما عتق خمسة عشر فيعتق بيمين الواحد اربعة لان فيها
اربعة احاد وبيمين الاثنين اربعة لان فيها اثنين مرتين وبيمين الثلاثة ثلاثة وبيمين الاربع
اربعة وذلك خمسة عشر وقال ابو حنيفة يعتق ستة عشر لانه حسب الثلاثة مرة
فيعتق الواحد خمسة في يمين الواحدة [illegible]

اخرى وهو خطا لانه قد حسب مره في تعيين الاجاد ومن الاصحاب من قال تقع سبعه عشر وانما
زاد اثنين بتضعيف الاثنين لانه زعم ان في الاربعه اثنين ثلاث مرات لانه حسب الثاني والثالث مره
وهذا خطا لانه لو جاز هذا لجاز ان يعتبر الثلاثه مرتين فان الثاني والثالث والرابع ثلاثه اخرى
بين الاول والثاني ولا قايل بهذا الصيغه الثالثه التعليق بنفي التطليق فاذا قال
ان لم اطلقك فانت طالق ولم يطلق في الحال وكذلك اذا قال ان لم اضربك فانه
يتوقع ذلك في الاستقبال وان لا يقتضي الفور ولو قال اذا لم اطلقك ومضى
زمان يسير يسع التطليق ولم يطلق وقع الطلاق لان اذا ظرف زمان ومعناه
اي وقت لا اطلقك فيه فانت طالق وقوله متى ومتى ما كقوله اذا في اقتضا
الفور ومن اصحابنا من لم يتضح له الفرق فجعل المسالتين على قولين وهذا ضعيف
اذ الفرق ظاهر نعم لو قال اردت باذا ما يريده المريد بقوله ان يدين
وهل يقبل ظاهرا فيه وجهان النص يعني ان قبلنا لا يقع في صيغه ان على
الفور فانما يقع عند حصول الياس لخلو العمر عن الضرب والتطليق وللياس
ثلث صور احدها موت احد الزوجين فاذا مات قبل الطلاق والضرب تبينا
وقوع الطلاق قبل الموت وكان يحتمل ان يتبين وقوع الطلاق عند اللفظ
ولكن اللفظ مطلق يحتمل الامرين وتنزيله على اخلا العمر محتمل والاصل نفي
الطلاق من غير تيقن وانما يتحقق عدم الضرب بانقضا العمر فيه يقع الصوره
الثانيه طريان الجنون على الزوج وذلك لا يوجب الياس لانه ربما يفيق فان
اتصل بالموت تبينا وقوع الطلاق قبل الجنون وكان يمكن ان يوقع قبل الموت اذ به
يتحقق الياس ولكن قبل الجنون بسبب الياس لولا انتظار الافاقه فاذا لم يفق فالجنون
كالموت في الياس وهذا في الطلاق اما في الضرب فلا ياس لان ضرب المجنون في
تحقيق الصفه كضرب العاقل على الصحيح الصوره الثالثه انفساخ
النكاح وذلك لا يوجب الياس ربما ينكحها فيطلقها ولا يشترط النكاح الاول ليتحقق
الصفه وان نكحها وطلقها فقد تحققت الصفه وان لم يطلقها وكانت في نكاحه عند الموت
فلنا يعود الحنث ومع الطلاق قبل الموت وان لم نقل يعود الحنث او لم تكن في نكاحه

تبينا وقوع الطلاق قبل الفسخ ولنفرض في الطلاق الرجعي حتى لا يقع في الدور وتصور
الجمع بينه وبين الفسخ الصيغة الثالثة أن يقول أن طلقتك فأنت طالق وإن لم أطلقك
فأنت طالق وقع في الحال لأن أن للتعليل ومعناه أنت طالق لأن لم أطلقك ويجوز في اللغة الفصيحة
حذف اللام واستعمال أن فهو إذاً كقوله أنت طالق لرضا فلان فإنه يقع في الحال وإن سخط وهذا
في حق من يعرف اللغة ومن لا يعرف اللغة فلا فرق في حقه بين إن وأن

الفصل الثالث

في التعليق بالحمل والولادة وفيه مسائل الأولى إذا قال إن كنت حاملا فأنت طالق فلا يقع
في الحال لأن الحمل لا يعلم بيقين فلو أتت بولد لأقل من ستة أشهر تبينا الوقوع عند اليمين فإن
كان بعد أربع سنين تبينا أنه لم يقع وإن كان بين المدتين فإن كان يطأها فلا يقع وإن امتنع
عنها فقولان أحدهما يقع لأن التبين قد تبين قبل العلو بوجود الحمل والثاني لا لأن لحوق النسب
يكفي فيه الاحتمال ولا يقع الطلاق بالاحتمال واختلفوا في أنه هل يحرم الوطء قبل تحقق الحال فقيل
إنه لا يحرم بالشك كمسألة الغراب وقيل إنه يحرم لأن استكشافه في ذلك ممكن على
قرب وعلى هذا يجب الاستبراء بالحيض ويتفرع عنه ثلاثة فروع أحدها
هل يكتفى في الحرة بقرء واحد فيه وجهان أحدهما لا كالعدة والثاني نعم لأن الغرض
مجرد الاستدلال وقد حصل الثاني إذا استبرأها ثم قال مرة أخرى قبل الوطء
إن كنت حاملا فأنت طالق فالظاهر أنه لا يجب إعادة الاستبراء وقيل إنه يجب
لأن العدة الماضية لا تؤثر فكذلك هذا الثالث إذا خاطب بذلك صغيرة
وهي من الحيض فيستبرئها بشهر أو بثلاثة أشهر وإن خاطب آيسة فهل يكفي تبين
اليأس دلالة أو لا بد من الاستبراء فيه وجهان المسألة الثانية إذا قال
إن كنت حائلا فأنت طالق فهذه كتلك المسألة ولكن حيث نحكم ثم بالوقوع فها هنا
نحكم بخلافه لأن شرطه هو عدم الحمل ويزيد ها هنا أن تحريم الوطء ها هنا أقرب لأن الأصل
الحيال وأيضا أثر الاستبراء ثم في نفي الطلاق وها هنا في الوقوع وقد قطعوا بأنه إذا
انقضت ثلاثة أقراء يقع الطلاق وفيه نظر لأنه لا يفيد يقين البراءة والشرط لا بد من
استيقانه فإنه لو علق على الاستيقان لم يقع بالاستبراء والمطلق يقتضي الحمل على
اليقين وقد مال إليه الشيخ أبو محمد ثم قال الأصحاب إذا أوقعنا بعد الأقراء فأتت بولد لدون
ستة أشهر تبينا أنه لم يكن الطلاق واقعا ونقضنا ذلك الحكم قطعا وإن كان
وطئها وطئا يمكن الإحالة عليه ففي نقض ذلك الحكم وجهان المسألة الثالثة

عدم الحمل

في صيغ التعليق بالحمل فاذا قال ان كنت حاملا بذكر فانت طالق طلقة وان كنت حاملا
بانثى فانت طالق طلقتين فاتت بذكرين وقعت طلقة واحدة ولم تزد وان اتت بذكر وانثى وقع
الثلاث لانه حنث في اليمينين فان قال ان كان حملك ذكرا فطلقة وان كان انثى فطلقتين لم
يقع شيء اصلا فان لفظه يقتضي حصر الجنس ولو اتت بذكرين قال القاضي يقع طلقة لان
الذكر لسكر الجنس وقال الشيخ ابو محمد لا يقع شيء اصلا لانه لسكر الواحد والاسم هذا
ذكرناه **المسالة** الرابعة اذا قال ان ولدت ولدا فانت طالق طلقة فاتت بولدين
طلقت طلقة بالاول وانقضت عدتها بالثاني وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فهل
يقع الطلاق بالولد الثاني وبه تنقضي العدة الحد انه لا يقع لانه يصادف اول وقت البينونة
والسابق نص في الاملا انه يلحق الثانية وليس له وجه وتكلف القفال له وجهه فقال فلو
قال للرجعية انت طالق مع انقضاء العدة فيحتمل قولان وزعم انه يحتمل ان يقع مع الانقضا
لا في العدة ولا في البينونة ونسبه ذلك بما لو قال انت طالق بين الليل والنهار قال لا يقع
لا في الليل ولا في النهار بل في الان الفاصل بينهما والطلاق من جملة ما يقع دفعة في آن ولا يقع 5
في زمان وهذا الوجه في التحقيق اذ فرق بين الان والزمان الذي ينقسم ولكن في مسالة الولادة
غير متضح اذ فرق بين الان والزمان لان مقتضى اللفظ ان يقع مع الولادة والولادة
تقارنها البينونة والبينونة تضاد الطلاق والصحيح هو القول الاول ولو قال ان ولدت
ولدا فانت طالق واحدة وان ولدت ذكرا فاثنتين فولدت غلاما طلقت ثلاثا بالوجود
الصفتين ولو قال ان ولدت انثى فواحدة وان ولدت ذكرا فاثنتين فولدت خنثى لم يقع في الحال
الا واحدة لانه المستيقن ه **فرع** اذا قال وله اربع نسوة حوامل كلما ولدت واحدة
فصواحبها طوالق فولدن على التعاقب والتفاوت طلقن جميعا اما الرابعة فثلثا
اذ ولدت قبلها ثلاث نسوة واما الثالثة فثنتين اذ ولدت قبلها اثنان وانقضت عدتها
بولادتها قبل ولادة الرابعة فلم يلحقها طلاق بعده واما الثانية فواحدة اذ طلقت
بولادة الاولى وانقضت عدتها بولادة نفسها فلم يلحقها طلاق بعده واما الاولى فثلث طلقات
لانها تبقى في العدة حتى ولدت جميع صواحباتها بعدها ه **الفصل الرابع**
في التعليق بالحيض وفيه صور فلو قال ان حضت حيضة فانت طالق وانطلق حيضة يقتضي حيض
تام ولو قال ان حضت فانت طالق فاذا انقضى يوم وليلة وقع الطلاق وتبينا في اول

من ع

ادبه نحو انه ليس بدم فساد وفيه وجه مشهور ظاهر انه يقع في اول الحيض صح

الحيض او لذلك يحرم الوطء في اول الحيض بناء على الظاهر ولكن القايل الاول قد يتوقف في التحريم وهو بعيد والفرق اظهر اذ الطلاق لا يقع الا بيقين والتحريم يثبت بالظاهر ولو قال ان حضت فانت طالق لم تطلق الا بحيضة مستانفة فانه للابتدا اذ لا ابتدا في دوام الحيض ومهما قالت حضت فالقول قولها مع يمينها بخلاف ما اذا علق على الدخول فقالت دخلت فانها تحتاج الى البينة لان الحيض يعسر الاطلاع عليه من غيرها اذ غايته ان غيرها يشاهد الدم وذلك لا يعرف اذ لم يعرف عادتها وادوارها فلعله دم فساد وهو كقوله ان اضمرت بغضي فانت طالق فقالت اضمرت فالقول قولها لعسر الاطلاع والظاهر انها تصدق في الزنا ايضا وفيه وجه وفي الولادة وجهان واما المودع فاذا ادعى هلاكا فيصدق وان كان السبب خفيا او جليا ولا يطالب بالبينة لانه ايتمنه فلزمه تصديقه بخلاف الزوج ولو قال ان حضت فضرتك طالق فلا تصدق في حق الضرة اذ لا تصدق الا بيمين ولا يتوجه عليها يمين لضرتها فلو قال ان حضتما فانتما طالقان فقالتا حضنا فصدق احدهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة دون المصدقة لان المكذبة ثبت حيضها بقولها في حقها وثبت حيض صاحبتها بتصديق الزوج والمصدقة لم يثبت حيض صاحبتها في حقها فان صاحبتها مكذبة وطلاق كل واحدة معلق على حيضهما جميعا فلا يكفي حيض واحدة ولو قال لاربع ان حضتن فانتن طوالق لم يصدق فهن طلقن وان كذبهن فلا وان صدق ثلاثا طلقت المكذبة دون المصدقات وان كذب اثنتين لم تطلق واحدة لان حيض كل واحدة من المكذبتين لم يثبت في حق صاحبتها ولو قال ان حاضت واحدة منكن فصواحباتها طوالق ثم قلن حضنا وصدقهن طلقت كل واحدة ثلاثا لان لكل واحدة ثلث صواحب وان صدق واحدة طلقت كل واحدة من صواحباتها طلقة لان لكل واحدة صاحبة وان صدق اثنتين طلقت كل واحدة من المصدقتين طلقة طلقة لانه ليس لها الا صاحبة واحدة مصدقة

الفصل الخامس في التعليق بالمشيئة

فاذا قال انت طالق ان شئت فقالت شئت وقع في الحال وان تاخر عن المجلس لم يقع لان الخطاب يقتضي جوابا في الحال ولانه كالتمليك للمراة ويبنى على العلتين تردد في انه لو قال لاجنبي زوجتي طالق ان شئت انه هل يقتضي الفور او قال ان شاء زوجتي فهي طالق اذ لا خطاب ولو قال انت طالق ان شئت وشا ابوك احتمل مشيئتها بالمجلس وهل تختص مشيئة ابيها للاقتران بمشيئتها فيه خلاف ولو قال انت طالق

وطلقت كل واحدة من المكذبتين طلقتان لان لها صاحبتين مصدقتين

واحدة

في التعليق

إن شئت فقالت شئت إن شئت فقالت شئت لم يقع لانها علقت المشيئة والمشيئة
لا تقبل التعليق ولو قال انت طالق ثلاثا الا ان يشاء ابوك واحدة فشاء ابوها واحدة ففيه
وجهان احدهما انه لا يقع شيئا وكانه استثنى عن اصل الطلاق والثاني انه يقع واحدة
ومعناه الا ان يشاء ابوك واحدة فلا تطلقي ثلاثا بل واحدة وهذا في المطلق اما اذا اراد
الاحتمال الذي فيه الايقاع يقع وان قال اردت الاحتمال الاخر يدين وهل يقبل ظاهرا على
هذا الوجه فيه وجهان ولو قال انت طالق ان شئت فقالت شئت وهي كارهة باطنا نفذ
الطلاق ظاهرا وهل يقع باطنا قال القفال يقع لان هذا تعليق بلفظ المشيئة ولو كان
بالباطن لكان اذا علق بمشيئة زيد لم يصدق زيد في حقها وقال ابو يعقوب الابيوردي
لا يقع واليه مال القاضي وهذا الخلاف يشير الى تردد فيما لو اراد باطنا ولم ينطق
ولو قال للصبية ان شئت فقالت شئت ففيه وجهان من حيث انه يوجد منها اللفظ ولكن
لا اعتماد على ارادتها الباطنة ولو قال ذلك لمجنونة لم يقع بقولها شئت قولا واحدا
فانه وان علق باللفظ فلا بد من اعراب عن ضمير صحيح والسكران يخرج على انه كالصاحي
او كالمجنون ولو رجع الزوج قبل مشيئتها لم يجز لانه ظاهره تعليق وان توهمنا في ضمنه
تمليكا **الفصل السادس في التعليق في مسايل الدور** فاذا قال للزوجة
ان طلقتك فانت طالق قبله ثلاثا ثم طلقها لم يقع عند ابن الحداد لانه لو وقع لوقعت
الثلاث قبله ولو وقعت الثلاث قبله لما وقع هذا ولو لم يقع هذا لما وقع الثلاث قبله
لانه معلق به فيودي اثباته الى نفيه وقال ابو زيد يقع المنجز ولا يقع المعلق اصلا
لانه علق تعليقا محالا ومن اصحابنا من قال يقع في المدخول بها الثلاث منها المنجز واحدة
واثنتان بالتعليق لان التعليق انما صار محالا بقوله قبله فيلغو قوله قبله
ويبقى الباقي فكانه قال اذا طلقتك فانت طالق ثلاثا والمسالة ذات غور وقد ذكرناه
في كتاب غاية الغور في دراية الدور فليطلب منه ومن صور الدور ان يقول ان طلقتك
طلقة املك بها الرجعة فانت طالق قبلها طلقتين وكذلك قال ان وطئتك وطيا
مباحا فانت طالق قبله ثلاثا فاذا وطي لم يقع وابو زيد لا يقدر على المخالفة في هذا
اذ اليمين الدايرة هي الباطلة عنده وها هنا لو حلا اليمين الدايرة وكذلك لو قال
ان آليت عنك او فسخت نكاحك او ظاهرت او راجعتك فانت طالق قبله ثلاثا

وقال القفال ان اراد التعيين ... فقال ان اراد
... وقال ان ... عليه

فعلى تصحيح الدور تحسم هذه التصرفات بالكلية ٥ **القسم الثاني من التعليقات**

في فروع متفرقة نذكرها ارسالا وهي ثلثة وعشرون **الاول** اذا قال ان حلفت بطلاقك فانت

طالق ثم قال ان دخلت الدار فانت طالق طلقت في الحال لان التعليق بالدخول حلف في الحال ولو قال

اذا طلعت الشمس لم يكن هذا حلفا لان الحلف ما يتصور فيه منع او حث اما اذا قال

ان طلعت الشمس او اذا دخلت الدار فهل يكون هذا حلفا فيه وجهان ينظر في احدهما الى

صيغة التاقيت وفي الاخر الى المعنى واتباع المعنى اولى ٥ **الثاني** اذا قال ان ابتدأتك بالكلام

فانت طالق فقالت ان ابتدأتك بالكلام فعبدي حر ثم كلمها ثم كلمته لم تطلق ولم يعتق

العبد لان الزوج خرج عن كونه مبتديا بقولها ان ابتدأتك فعبدي حر وهي خرجت

عن الابتداء بكلامه ٥ **الثالث** اذا قال ان اكلت رمانة فانت طالق وان اكلت

نصف رمانة فانت طالق فاكلت رمانة طلقت طلقتين لان النصف ايضا موجود

في الواحدة ولو قال كلما اكلت رمانة فانت طالق وكلما اكلت نصف رمانة

فانت طالق طلقت ثلاثا ان فيها نصفين ٥ **الرابع** اذا قال ان بشرتني بقدوم زيد فانت طالق

فاخبره اجنبي ثم اخبرته لم تطلق لان البشارة هي للاول ولو قال ان بشرتماني فانتما

طالقتان فبشرتاه على الترتيب طلقت الاولى وان بشرتاه معا طلقتا وان بشرت وهي

كاذبة لم تطلق وان قال ان اخبرتني بقدومه فهل تطلق بالكذب فيه وجهان والاظهر

التسوية ٥ **الخامس** اذا قال يا عمرة فاجابت زينب فقال انت طالق ثم قال حسبت

ان المجيبة عمرة قال ابن الحداد لا تطلق عمرة لانه لم يوجد في حقها الا النداء اما

زينب المخاطبة بالطلاق فهل تطلق ذكر فيه وجهين احدهما نعم لانه قال انت طالق والثاني

لا لانه لم يقصد خطاب زينب وقال الامام لو قال زينب تطلق ظاهرا وهل تطلق عمرة على

وجهين لكان اوجه ٥ **السادس** اذا قال العبد لزوجته ان مات سيدي فانت طالق

طلقتين فقال السيد للعبد ان مت فانت حر فمات قال ابن الحداد تقع طلقتان وله الرجعة

لانه عتق قبل حصول التحريم بالطلقتين بل مع الطلقتين ومنهم من خالف لانه لم يتقدم

العتق على الطلقتين بل جرى معه ٥ **السابع** اذا قال من نكح جارية ابيه اذا

مات ابي فانت طالق فمات لم تطلق لان الملك ينتقل اليه بالموت وينفسخ فيصادف الطلاق

اول وقت الانفساخ فيندفع ومن الاصحاب من قال تقع لان الملك يترتب على الموت

والانفساخ على الملك فيقارن الطلاق الملك لانه ايضا مرتب على الموت والاول

اوفق

ارنظر ما الاصح انه لا ... الاصح

ان زيد ا ... طلقتين لا ... وان قال ان ... ع

أعوض لان وقت الطلاق والملك والفسخ واحد اذ المختار ان من اشترى قريبه انه يرتفع ملكه
بالعتق لانه حصل بين القطع فهو اختيار ابي اسحق المروزي **الثامن** اذا قال انت طالق يوم
يقدم فلان فقدم ضحوه طلقت في الحال على وجه وفيه وجه انه تبين وقوع الطلاق اول اليوم
وبني عليه حكم الميراث لو قدم وقت الظهر ومات الزوج ضحوه ولو قدم ليلا لم تطلق
وقيل تطلق واليوم كناية عن الوقت **التاسع** لو قال انت طالق اكثر الطلاق وقع
الثلاث ولو قال اعظم الطلاق لم يقع الا واحده لانه لا ينبئ عن العدد ولو قال ملء العالم
او ملء الارض لم يقع الا واحده ولو قال ملء السموات او ملء البيوت وقع الثلاث
العاشر لو قال انت طالق هكذا واشار باصابعه الثلاث وقع الثلاث
وحمل الاشاره لتعريف العدد فانه كالتفسير ولو اشار بالاصابع ولم يقل هكذا لم يقع الا
واحده **الحادي عشر** اذا قال انت طالق ان دخلت الدار ان كلمت زيدا
لم يتحلل واو العطف فهذا هو تعليق التعليق ومعناه ان كلمت زيدا صار طلاقك
معلقا بالدخول فهو كقوله لعبده ان كلمت زيدا فانت مدبر **الثاني عشر**
اذا قال اربعكن طوالق الا فلانه قال القاضي لا يصح الاستثناء لانه صرح بالاربع فان وقع
عليهن ولو قال اربعكن الا فلانه طوالق قال يصح الاستثناء والمسأله محتمله اذ ليس
يلوح الفرق بين عدد المطلقات وبين عدد الطلاق ولا بين التقديم والتاخير ويلزمه
ان يقول لو قال العلان اربعه اعبد الا واحدا يلزمه الثلاثه ولا يشك في انه لو قال لفلان
هؤلاء الاعبد الاربعه الا هذا لم يصح الاستثناء لان الاستثناء في المعين لا يعتاد ويتايد
بذلك كلام القاضي **الثالث عشر** اذا قال من يلتمس من غيره ان يطلق زوجته
طلقت زوجتك فقال نعم فان نوى وقع الطلاق وان لم ينو فقولان احدهما لا لان قوله
نعم ليس فيه لفظ الطلاق وكيف يصير صريحا والثاني ان الخطاب كالمعاد في الجواب
اما اذا قال في معرض الاستخبار فقوله نعم صريح في الاقرار ولو قالت المراه طلاق رده مرا
فقال دادم قال الاصحاب لا يقع شي لان هذه اللفظه لا تصلح للايقاع وقال القاضي يقع لان
المبتدا يصير معادا في الجواب وهو مذهب ابي يوسف ولو قال الدلال للمالك المتاع
بعت فقال نعم لم يصلح هذا لان يكون ايجابا ولو قال بعت لم يصلح ايضا لان يكون خطابا
للمشتري فانه خطاب مع الدلال ولو قيل له الك زوجه فقال لا قال المحققون
هذه كنايه في الاقرار وقال القاضي هو صريح في الاقرار ثم ان كان اذا لم يطلق زوجته

هذا

التي

الرابع عشر لو قال ان لم تذكري عدد الجوزات التي في البيت فانت طالق فطريقها ان تذكر عددا تحمل ان يكون ولا تزال تجري على لسانها الواحد بعد الاخر ولو قال ان لم تعرفي عدد الجوزات لا يكفيها ذلك لان التعريف لا يحصل بذلك وقيل انه يكفيها وهو بعيد فلو قال ان لم تميزي نوى ما اكلت عن نوى ما اكلت وقد اختلط النوى فانت طالق فسبيلها ان تبدد النوى بحيث لا يتماس اثنان فيكون قد حصل التمييز هكذا قاله الاصحاب وفيه نظر لانه يظهر اطلاق وهذا التمييز المعرف ولكن اذا لم يكن نية اتبعوا مجرد وضع اللغة ولو كان في فيها تمرة وقال انت طالق ان بلعتها او قذفتها او امسكتها فطريقها ان تاكل النصف وتقذف النصف وهذا بين ولو قال وهي على سلم انت طالق ان مكثت او صعدت او نزلت فطريقها ان تطفر طفرا وتحمل او توضع تحتها سلم اخر فتنتقل اليه ولو قال ان اكلت هذه الرمانة فانت طالق فتاكلها الا حبة ولو حلف على رغيف فيتاكل الا الفتات والضابط في هذا الجنس ان ينظر الى العرف واللغة جميعا فان تطابقا فذاك وان اختلفا فميل الاصحاب الى اللغة وميل الامام رحمه الله الى اتباع العرف واتباع اللغة اولى ان الخامس عشر اذا شافهته بما يكره من شتم او شيء وقال ان كنت كذلك فانت طالق فان قصد المكافاة اي ان كنت كذلك فانت طالق طلقت في الحال كانت تلك الصفة موجودة او لم تكن وان قصد التعليق طلبت وجود تلك الصفة وعدمها بالرجوع الى العرف وان اطلق وقد ظهر في العرف ذكر ذلك للمكافاة احتمل وجهين لان اللفظ بالوضع للتعليق وبالعرف للمكافاة ولعل اتباع اللفظ اولى فانه الاصل الموضوع والعرف يختلف ويكاد يضطرب وقد وقع في الفتاوى ان قالت امراة لزوجها يا جهوذري فقال ان كنت كذلك فانت طالق فطلب المفتون خصوص هذه الصفة فقيل تحمل على صغار الوجه وقيل هو الدنيء الخسيس وقال الامام هذه الصفة لا تتصور في المسلم فلا يقع الطلاق وهذا فيه نظر لان الجاهل قد يتصور وصفا لا محالة حتى تصفه المسلم فتارة تصدق وتارة تكذب ووقع ايضا ان قال رجل لزوجته انه في محاسنه كم تحرك لحيتك فقد رايت مثل هذه اللحية كثيرا فقال ان رايت مثل هذه

(margin:) وتنبه
قلنا كما
بلغوا لك
جهوذري
معناه بالفارسية الجهوذري وجوه الجاه

اللحيه كثيرا فانتك طالق وقال وصدق التعليق قلت لا شك ان اللحيه ليست من ذوات
الامثال ان نظر الى شكلها ولونها وعدد شعورها وذلك هو المثل المحقق ولكن ذكر
اللحيه في العادة في مثل هذا الموضع كناية عن الرجولية والجاه وذلك مما يكثر
امثاله فالجري ان تنزل ها هنا على العرف في وقوع الطلاق وليس بعيدا ايضا الميل الى موجب
اللفظ ونفي الطلاق **السادس عشر** اذا قال ان لم اطلقك اليوم فانت
طالق اليوم ولم يطلقها حتى انقضى اليوم قال ابن سريج لا يقع لانه عند تحقق الصفة
فات وقت الطلاق وهذا يرد قوله ان لم اطلقك فانت طالق فانا نتبين عند موته
وقوع الطلاق في اخر العمر والعمر في هذا المعنى كاليوم اذ فيه يتحقق الطلاق والصفة
جميعا ولا فرق بين المسالتين **السابع عشر** اذا قال انت طالق لمكة
واراد تعليقه بدخولها جاز وان اطلق حمل على التعليق على وجه وحكم بالتنجيز على وجه
اذ ليس فيه اداة التعليق **الثامن عشر** لو قال ان خالفت امري فانت طالق
ثم قال لا تكلمي زيدا فكلمته لا يقع الطلاق قالوا لانها خالفت النهي دون الامر ولو قال ان خالفت
نهيي فانت طالق ثم قال قومي فقعدت قالوا وقع لان الامر بالشيء نهي عن اضداده فكانه
قال لا تقعدي فقعدت وهذا فاسد اذ ليس الامر بالشيء نهيا عن ضده فيما نختاره وان
كان فاليمين لا تنبني عليه بل على اللغة او العرف وفي المسالة الاولى نظر من حيث العرف
التاسع عشر لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم قال عجلت تلك الطلقة
المعلقة ثم دخلت ففي الوقوع وجهان حاصله ان المعلقة هل يمكن تعجيلها بعينها ان
العشرون اذا قال انت طالق الى حين او زمان فاذا مضى لحظة طلقت فان اللحظة
حين وزمان ولو قال اذا مضى حقب فانت طالق او عصر قال الاصحاب يقع بمضي لحظة
وهذا بعيد وتوقف ابو حنيفة في هذه المسالة وهو محل التوقف ولكن ايقاعه بلحظة
مما لا وجه له ولو قال انت طالق اليوم اذا جا الغد قال صاحب التقريب لا يقع عند تصرم
اليوم ولا في اليوم لعدم مجي الغد وقال الامام يحتمل ان يقال اذا جا الغد تبين وقوع الطلاق
كما اذا قال اذا مات فلان فانت طالق قبله **الحادي والعشرون** قال [illegible] اذا
قال ان قدم فلان فانت طالق فقدم به ميتا لم تطلق وهذا يلتفت على ان الصفة اذا حصلت

علمه

نص الفرق بين المسالتين مشكل(?) ان لا يقع فيهما

١٩١

كالاكراه او مع النسيان فهل يحصل الحنث وفيه قولان واحتمال القفال ان اليمين بالله تعالى
يوثر فيها النسيان والاكراه دون الطلاق لان ذلك يتعلق بهتك حرمة وهذا يتعلق بوجود
الصورة ولا خلاف انه لو قصد منعها عن المخالفة وعلق على فعلها فنسيت لا تطلق وان
اكرهت فيحتمل الخلاف لانها مختارة واما مسالة القدوم على كل حال فهو كما قال الشافعي
لان الموت ينافي القدوم ولو قال ان رايت فلانا فانت طالق فرأته ميتا وقع ولو رأته في ماء
يحكي لونه وقع وان رأته في المرآة ففيه احتمال ولو قال ذلك لامرأة عمياء فالظاهر
انها لا تطلق بحكم السنة ولو قال ان مسسته طلقت بمسه حيا وميتا ولا تطلق بالمس
على حائل ولا بمس الشعر والظفر واذا علق بالضرب لم يحنث بضربه ميتا ولا يحنث
بضرب الحي بانملته بحيث لا ايلام فيه اصلا ولو قال ان قذفت فلانا فانت يقذفه ميتا
ولو قال ان قذفت في المسجد معناه كون القاذف في المسجد ولو قال ان قتلت في المسجد معناه
كون المقتول في المسجد الثاني والعشرون اذا قال ان كلمت فلانا فانت طالق
فكلمته ولكن لم تسمع لعارض من لغط او ذهول قال الاصحاب طلقت ولو كان المكلم
اصم فلم يسمع ففيه وجهان ولا خلاف انها لو كلمته بهمس بحيث لا يسمع لا يكون كلاما
نعم لو كان وجهها الى المكلم وعلم انها تكلمه وكان بحيث لو فرض الاصاخة لسمعها
فيحتمل ان يقع الطلاق ولو كلمته على مسافة بعيدة لا يحصل الاسماع بمثله لم يحنث ولو
كلمته في جنونها فالظاهر انه لا يحنث ولو حمل الريح الصوت فذلك كالنسيان او
الاكراه الثالث والعشرون اذا قال اذا رايت الهلال فانت طالق طلقت برؤيته
غيرها ولو فسر بالعيان فهل يقبل ظاهرا فيه وجهان قال القفال هذا في اللغة العربية
اذ الرؤية يراد بها العلم اما في الفارسية فلا وفيه نظر اذ يقال ذلك بالفارسية ايضا
ولا نرى في الهلال سلالة كذلك ولا يراد بها العيان ولنقتصر على هذه الفروع فان هذا الجنس
لا يتناهى وانما ذكرنا هذا القدر ليحصل التنبيه على حسن التصرف في حقيقة الصفات

كتاب الرجعة وفيه بابان

الباب الاول في اركان الرجعة واحكامها وفيه فصلان الفصل الاول
في الاركان وهي ثلثة المرتجع والمرأة والصيغة الاول المرتجع ولا يشترط فيه الا الاهلية
للطلاق والعقد كما في اهلية النكاح وقد سبق الركن الثاني الصيغة
فنقول كل من طلق زوجته طلاقا مستعقبا للعدة ولم يكن بعوض ولم يستوف

الطلاق ولا ..... [illegible]

اصاخ استمع

ان قذفت

عدد الطلاق تثبت له الرجعة بنص قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وبنص قول النبي
صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها في حديث ابن عمر رضي الله عنه وباجماع الامه وصريح
صيغة الرجعة بالاتفاق ثلثة قوله رجعت وراجعت وارتجعت وفي ترددوا في ثلثة
الفاظ احدها قوله رددتها اخذا من قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن فمنهم من قال هو
صريح لورود القران به ومنهم من قال لا لانه لم يتكرر ثم ان جعلناه صريحا فالظاهر
انه لا بد من صلة وهو ان يقول رددتها الي او الى النكاح لانه من غير صلة مشعر
بالرد المضاد للقبول واما قوله راجعت وارتجعت لا تحتاج الى الصلة وكذلك
قوله رجعت لانه يستعمل لازما ومتعديا الثاني لفظ الامساك وفيه ثلاثة اوجه
احدها انه صريح لقوله تعالى فامسكوهن والثاني انه كناية لانه لم يتكرر والثالث
انه ليس بكناية ايضا لانه مشعر بالاستصحاب لا بالاستدراك الثالث لفظ التزويج
والنكاح فيه ثلثة اوجه احدها انه صريح لانه صالح لاصل العقد والحل فان يصلح للدوام
اولى والثاني لا لانه لم يرد القران به في الرجعة وهو ماخذ الصريح فهو كناية والثالث
انه ليس بكناية ايضا لانه لا يشعر به فان قيل وهل ينحصر صرائح الرجعة بالتعبد
كالطلاق والنكاح ام لا ينحصر حتى يحصل ما يدل على المقصود كقوله رفعت التحريم
العارض للنكاح واعدت الحل الكامل وما يجري مجراه قلنا حكم العراقيون بالانحصار
وزعموا ان الخلاف في لفظ الامساك والرد كالخلاف في لفظ المفاداة في الطلاق
والخلاف في لفظ التزويج من حيث الاولى والا فاذا كان الطلاق لا ينعقد بقوله قطعت
النكاح ورفعته واستاصلته من غير نية الطلاق فلا تحصل الرجعة ايضا بقوله
رفعت التحريم بل اولى لان الرجعة احتياط للحل وهو بالتعبد احرى ومال الشيخ ابو علي الى
انه لا ينحصر صرائحه بخلاف الطلاق ووجهه ان الرجعة حكم يبتني عليه لفظ من حيث
اللسان فيقوم مقامه ما يؤدي معناه فاما النكاح والطلاق فاحكامهما عرفته ليس
في اللغة ما يدل عليها فان للشرع فيها موضوعات غريبة ولا يوجد صرائحهما الا من
الشرع فان قيل تتطرق الكناية الى الرجعة قلنا الصحيح الجديد ان الاشهاد لا يشترط
في الرجعة وان الزوج يستقل بها فتتطرق اليها الكناية بخلاف النكاح وان قلنا يشترط
الاشهاد فالشاهد لا يطلع على النية فيحتمل ان يقال لا بد من الصريح ويحتمل خلافه ايضا

لان الفرقة قد تفهم **فرع** اذا قال مهما طلقتك فقد راجعتك
فطلقها لم يحصل الرجعة ولو قال مهما راجعتك فقد طلقتك فراجعها
حصل الطلاق لان الرجعة في حكم حيار فلا تقبل التعليق وان كان
تستقل به واعلم ان الفعل لا يقوم مقام اللفظ في الرجعة عند الشافعي
وقال ابو حنيفة تحصل الرجعة بالوطي وباللمس والنظر الى الفرج
بالشهوة وقال مالك ان قصد بالوطي الرجعة حصلت والا فلا
الركن الثالث المحل وهي المراة وشرطها امران احدهما
ان تكون معتدة والثاني ان تكون محلا للاستحلال **الشرط الاول**
تحرم الرجعة بردتها فاذا ارتدت فراجعها ثم عادت الى الاسلام
وقد نص الشافعي انه لا بد من استئناف الرجعة لان المقصود الحل والمحل
غير قابل وقال المزني يشعر بعودها صحة الرجعة اذ يشبه بها النكاح
ويشهد لمذهبه ان الظاهر ان احرامها واحرامه لا يمنع الرجعة
بخلاف ابتدا النكاح الا انا نقول الاحرام عارض منتظر الزوال كالصوم
والحيض بخلاف الردة **الشرط الثاني** بقا العدة ومهما
انقضت العدة قبل الرجعة انقطعت واذا رانا الخلوة موجبة للعدة على
المذهب الضعيف ثبت الرجعة في عدتها وفيه وجه ضعيف انها لا تثبت
ثم اذا ثبتنا العدة بالاثار في غير المباني ففي الرجعة وجهان لان الحاجة
العدة به نوع تغليظ ثم انقضا العدة يختلف باختلاف انواع العدة
وهي ثلاثة الاول الحمل وتنقضي العدة بوضع الولد حيا وميتا وناقصا
وكاملا ان كانت الصورة والتخطيط قد ظهرت عليه فان كان قطعة لحم
ففي انقضا العدة به قولان والقول قول المراة اذا ادعت الوضع على الظاهر
الوجهين وقال ابو اسحق يلزمها البينة لان القوابل يشهدن الولادة

المروزي

و ربما صدقها في اجهاض السقط الناقص اذ القوابل لا يشهدن به ثم اذا
صدقناها فانما نصدق في مظنة الامكان وان كان الولد الكامل بعد
ستة اشهر من وقت امكان الوطي وامكان الصورة بعد مائة وعشرين يوما
وامكان قطعة لحم بعد ثمانين يوما وذلك لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال يمكث خلق احدكم في بطن امه اربعين يوما نطفة واربعين يوما
علقة واربعين يوما مضغة ثم يبعث الله تعالى ملكا فينفخ فيه الروح ويكتب
اجله ورزقه ويكتب اشقي هو ام سعيد النوع الثاني العدة بالاشهر
وذلك لا يتصور فيه نزاع فان فرض نزاع فيرجع الى وقت الطلاق ويكون
القول فيه قول الرجل النوع الثالث الحيض فان طلقها في الطهر فاقل
مدة تصدق فيها اثنان وثلثون يوما وساعتان لانا نقدر كانه لم يبق من الطهر
الا لحظة ساعة فيحصل قرء بتلك الساعة وان قلنا المجرد الانتقال قرء فلا نعتبر هذه
الساعة ونقدر اقتران الطلاق باخر جزء من الطهر واما ثلثون يوما فللطهرين
الاخرين لان اقل مدة الطهر خمسة عشر يوما ويومان وليلتان لحيضتين والساعة
الثانية للشروع في الحيض حتى نتبين تمام القرء لا من نفس العدة وان طلقها
في الحيض لم يحسب بقية الحيض فلنقدر انه وقع في اخر جزء فاقل ما تحتاج
اليه ثلاثة اطهار وهي خمسة واربعون يوما وحيضتان وهما في يومين وليلتين
ولا بد من ساعتين كما سبق فجملته سبعة واربعون يوما ولحظتان فان طلقها
وهي صبية ولم تحض بعد وادعت الحيض فاقل مدتها اثنان وثلثون يوما ولحظتان
الا اذا قلنا ان القرء هو طهر محتوش بدمين فيكون اقل مدتها ثمانية واربعين
يوما ولحظتين اذ لا بد من ثلاث حيض وثلاثة اطهار هذا كله في المطردة العادة
المستقيمة على الاقل فان كانت لها عادة مستقيمة على غير الاقل فهل تصدق
فيما ينقص عن عادتها فيه وجهان والظاهر انه تقبل لان تغير العادة ممكن

وهي موتمنه في رحمها فرع اذا وطيها في الرجعه لزمها استياف

عده وتندرج تقيه العده تحته فان كان قد بقى قرؤ واحد فله الرجعه الى

تمام ذلك القرء فان احبلها بالوطي فهل تندرج بقيه العده تحت عده الحمل خلاف

فان ادرجنا امتدت الرجعه الى وضع الحمل وان لم ندرج شرعت في عده

الحمل اذ لا يمكن ذلك تاخرا واذا وضعت الحمل شرعت في عده الرجعه ببقيه

الاقرا وثبتت فيه الرجعه وهل تثبت في مده الحمل فيه وجهان الفصل

الثاني في احكام الرجعيه وهي مترددة بين المنكوحه والبائنه لان

الطلاق اوجب خللا في النكاح ولم يوجب زواله فلا اختلاله فلما انه يحرم وطيها

وقال الشافعي يلزمه المهر في الوطي راجعها او لم يراجعها ونص في المرتده اذا

وطيها ثم عادت الى الاسلام انه لا مهر فقيل قولان بالنقل والتخريج والفرق مشكل

وغايته ان الرجعه في حكم استدراك وعودها الى الاسلام يعيد الحل السابق

وليس في حكم الابتدا والصحيح انه لا يجب الحد وان وجب المهر لان الملك بالكليه

لم يزل وثبت بعض الاصحاب خلاف فيه وعلى الجمله تحريم الوطي وقطع الشافعي

بوجوب المهر يدل على اختلال الملك اذ لم يدل على زواله ويدل على بقا اصل الملك

صحه الطلاق وصحه الخلع والظهار والايلا واللعان وجريان التوارث ولزوم

النفقه وفي الخلع قول قديم انه لا يصح ولو قال زوجاتي طوالق اندرجت الرجعيه

تحته وطلقت على الاصح لانها زوجه في خمس آي من كتاب الله تعالى هذا لفظ الشافعي

واراد به ايه الايلا والظهار وغيرهما ولا خلاف في انه لو اشترى زوجته

الرجعيه لزمه الاستبرا لانها كانت محرمه وان اشتراها في صلب النكاح فلا استبرا

على الاظهر وقيل انه يجب لتبدل جهه الحل وقد قال بعض الاصحاب تردد قول

الشافعي في الخلع يدل على اختلاف قول الشافعي في ان الملك زايل ام لا وقول بعض الاصحاب

انه ان راجع بعد الوطي فلا مهر وان لم يراجع يجب المهر يدل على ان الملك موقوف

فتحصل في زوال الملك ثلثه اقوال الباب الثاني في النزاع

وله صور الاولى ان يتفقا على انقضا العده يوم الجمعه ولكن الزوج قال راجعت يوم
الخميس وقالت بل يوم السبت ففيه ثلثه اوجه احدها وهو الذي ذكره المراوزه
من عند اخرهم وهو القياس ان القول قولها لانهما اذا اتفقا على الطلاق وانقضا
العده فالاصل انقطاع النكاح والزوج يريد دفعه بدعوى الرجعه فعليه
الاثبات والوجه الثاني ذكره العراقيون ان القول قوله لان الاصل بقا النكاح
والرجعه الى الزوج وليس لها قول الا في انقضا صوره الاقرا والزوج يذكر
بقا العده يوم الخميس اذ الرجعه تقطع العده وجمعه ان الزوج لو ادعى
الوطي في مده العنه يصدق مع ان الاصل عدمه لتقرير النكاح فهذا اولى والثالث
ذكره صاحب التقريب ان المصدق هو السابق الى الدعوى فاذا سبقت بدعوى
الانقضا فقد حكم صاحب الشرع بقولها بالتحريم فلا يرتفع بدعواه من غير بينه
وكذلك اذا سبق الزوج فعلى هذا ان نشا وقارع الوجهان لانه زال المرجح
الصوره الثانيه ان لا يقع التعرض لوقت العده والرجعه ولكن
اتفقا على حرمان الامرين واختلفا في التقدم ففيه وجهان احدهما انه المصدق
لان الاصل بقا النكاح والثاني انها المصدقه لانها موتمنه في رحمها عاجزه
عن الاشهاد والزوج قادر على الاشهاد على الرجعه ○ الصوره الثالثه
ان يقع الوفاق على ان الرجعه جرت يوم الجمعه ولكن قالت كانت العده قد
انقضت يوم الخميس وقال الزوج بل يوم السبت فهذا كالصوره الاولى فيرجع
الوجوه الثلاثه الصوره الرابعه ان يقع الوفاق على وقت انقضا العده
ويدعي الزوج رجعه قبلها وانكرت اصل الرجعه قال صاحب التقريب هي المصدقه
بلا خلاف والاظهر جريان الاوجه اذ لم تفارق هذه الصوره ما قبلها الا انها انكرت
لفظ الرجعه وهناك انما اقرت بلفظ الرجعه لا بحقيقه الرجعه ○
الصوره الخامسه النزاع مع قيام العده فاذا قال راجعتك امس
فانكرت فالقول قوله لانه قادر على الانشا فيقبل قوله كقول الوكيل قبل العزل

وقيل الاصل عدم الرجعة فالقول قولها فان قال اذا انشا فلينشئ والصحيح ان اخباره
لا يجعل انشا وحكي عن القفال انه انشا وهو ضعيف لان الشافعي قال من اقر بالطلاق
كاذبا لم يكن انشاء فرع اذا انكرت الرجعة ثم اقرت قال الشافعي لم يسمع منه
فهو كمن اقر بعد الجحود وهذا فيه اشكال لانها اقرت بالتحريم على نفسها ثم رجعت
ولو اقرت بتحريم رضاع او نسب لم يمكن من الرجوع ولكن الفرق ان الرجعة تبع
دونها فلعلها انكرت اذ لم تعرف ولا تفرق بالرضاع والنسب وهو اثبات الاعلى بصيرة
نعم من قال ما اتلف فلان مالي ثم رجع الى الدعوى لم يمكن لانه اقر على نفسه وهاهنا
جحدت حق الزوج فاذا توافقا لم يبطل حق الزوج ولو قالت ما رضيت في النكاح ثم رجعت
فهذا محتمل لانها تجحد رضا نفسها ولذلك تحلف على البت ولكنها تجحد حق
الزوج والاظهر انه يغلب جانب الزوج ويمكن المراه من الرجوع

كتاب الايلا وفيه بابان الباب الاول

في اركانه وصورته ان يقول لزوجته والله لا اجامعك ولقد كان هذا طلاقا في
الجاهلية ثم غير الشرع حكمه وقضى بان الزوج بعد مضي اربعة اشهر يجبر على
الوطي او الطلاق والايلا في اللغة مشتق من الالية وهي الحلف ولكن عرف الشرع
خصصه باليمين المعقوده والمده المحلوف فيها على الامتناع من وطي المنكوحة
واركانه اربعة الحالف والمحلوف به والمحلوف عليه والمده المحلوف فيها
الركن الاول الحالف وهو كل زوج يتصور منه الجماع فقولنا زوج يشمل اصناف
الازواج من المسلم والكافر والحر والعبد والبوحنيفة وان خالف في ظهار الذمي
فقد وافق في صحة ايلا الذمي ثم اذا رفع الذمي الينا حكمنا عليه بحكم الاسلام
حتى في ايجاب الكفارة وخرج عن الضابط قول الرجل لاجنبية والله لا اجامعك
ابدا فانه اذا نكحها لم يصر موليا وان كان الضرار حاصلا ولكن الايلا كان طلاقا
وتصرفا في النكاح فغير حكمه دون اصله فلا يصح من الاجنبي وليس كل
ضرر يندفع انما المدفوع ضرار من الزوج في حالة الزوجية وقد ذكر صاحب
التهذيب وجها غريبا ان هذا ايلا ولا يتجه الا على قول من يرى حكاه ايضا في تعليق

الطلاق بالملك على موافقه ابي حنيفه وهو غير صحيح واما الايلا من الرجعيه صحيح
وانما نفذ اذا راجعها لان العايد هو حل النكاح الاول فهي في حكم الزوجات
اما قولنا تتصور منه الجماع فيدخل فيه المريض المدنف والخصي والمجبوب بعض
ذكره فيصح الايلا من جميعهم لامكان الوطي منهم على حال واما الذي جب تمام ذكره
فقد اختلف فيه النصوص وللاصحاب طرق ومنهم من قال قولان ووجه صحته انه
اضرار باللسان فمكنه الفيئه باللسان والاعتذار بالعجز كما في المريض ومنهم من قطع
بالبطلان ومنهم من قال القولان فيه اذا حلف ثم جب ومنهم من قطع بانه وان جب
بعد الحلف انه يبطل الايلا لانه ايضا حصل الياس من الحنث فهو كما لو قال ان
وطيتك فعبدي حر فمات العبد فانه يبطل الايلا لحصول الياس من الحنث اما
الرتقا والقرنا كالايلا المجبوب فيخرج على الخلاف الركن الثاني
في المحلوف به والنظر فيه في سته اقسام القسم الاول الحلف بالله تعالى او بصفه من
صفاته وهو الاصل وفيه مسالتان احداهما انه لو وطيها يلزمه كفاره اليمين الجديد
وهو القياس انه يلزمه لانه حنث في يمين الله تعالى وفي القديم قولان ووجهه ان الايلا
كان طلاقا في الجاهليه فغيره الشرع وجعله موجبا للطلاق بعد مده فكان
حكمه بضرب المده والجاي الطلاق بدلا عن الكفاره ويشهد له قوله تعالى
فان فاو فان الله غفور رحيم فان هذا لا يشعر بلزوم الكفاره بل يشعر انه يوجب
المغفره والرحمه نعم لو حلف ان لا يطاها ثلاثه اشهر يلزمه الكفاره اذا حنث
لان هذا ليس بايلا وقيل يطرد القول القديم ايضا فيه وهو بعيد المساله
الثانيه ان صحه الايلا تختص باليمين بالله تعالى ام تصح بالتزام العبادات وتعليق
الطلاق وغيره الجديد انه لا يختص لانه منوط بالاضرار والاضرار لانقطاع رجا
المراه ورجاوها ينقطع اذا ظهر مانع للزوج وكما ان خوف الكفاره يمنع فكذلك
خوف هذه اللوازم وتوجيه القديم ان الايلا ماخوذ من عاده العرب وهو اليمين
بالله تعالى عندهم ولا سبيل الى التصرف فيه بالمعنى ولا نفرع بعد هذا على هذا
القول الضعيف فرع لو كرر الايلا بعد تخلل فصل وقال اردت التاكيد قبل

على احد الوجهين لانه اخبار فاشبه الاقرار دون الانشا وكذا
في تعليق الطلاق وحلاق مرتب واولى بان لا يقبل لانه بالانشا اشبه
القسم الثاني في الحلف بالتزام العبادات فاذا قال
اذا جامعتك فلله علي صوم او صلاة او عتق رقبة او تصدق بمال
فهو مول فاذا احنث فيما يلزمه الاقوال المعروفة في يمين الغضب واللجاج
نعم لو قال ان وطيتك فلله علي صوم هذا الشهر لم يصح الايلا لان المطالبة
تتوجه بعد انقضا الشهر وانحلال اليمين القسم الثالث
الحلف بالعتق وفيه مسايل الاولى اذا قال ان جامعتك فعبدي حر
فمات العبد او باعه او اعتقه انحلت يمين الايلا بعد انعقاده لانه خرج
عن التعرض لالتزام شي بالوطي ولو قال ان جامعتك فعبدي حر قبله بشهر
صار موليا ولكن تحتسب مدة الايلا بعد مضي الشهر فتكون المطالبة في
الشهر السادس اذ لو وطي في الشهر الاول لم يلزمه شي لان العتق لا يمكن
تقديمه على اللفظ فتعذر تمام الشهر يتعرض للالتزام فلو باع في منتصف
الخامس طولب في السادس لانه لو وطي لتبين بطلان البيع وتقدم العتق
عليه ولو تركت المطالبة حتى انقضا من وقت البيع شهر كامل لسقطت
المطالبة اذ سقط التعرض للالتزام ٥ الثانية اذا قال ان وطيتك
فعبدي حر عن ظهاري وكان قد ظاهر صار موليا وعند الوطي يعتق العبد
عن الظهار ويكون الالتزام الحدتد في الايلا تعيين العبد وتعجيل العتق فان
ذلك لم يوجبه الظهار وفيه وجه انه يعتق ولا ينصرف الى الظهار لانه
تتادى به حق الحنث فلا يتادى به الظهار وطردوا هذا فيما لو قال ان دخلت
الدار فانت حرة عن ظهاري وهو بعيد فان تعليق العتق ليس فيه الا اضافة العتق
الى زمان وهو كالتنجيز اما اذا لم يكن قد ظاهر فلا يكون موليا بينه وبين

الله تعالى واو وطي لم يعتق عبده لانه قال ان حر عن ظهاري ولا ظهار ولكنه
في الظاهر جعل مقرا بالظهار يعتق عبده عند الوطي فيجعل موليا لذلك
الثالثه اذا قال ان جامعتك فعبدي حر عن ظهاري ان تظاهرت فهذا
تعليق لعتق العبد بصفتين بالوطي والظهار وحكمه انه لو وطي اولا لم
يعتق ولكن يتعرض للزوم فلو ظاهر فيعتق العبد لا من جهه الظهار لانه
قد تقدم تعليقه على الظهار ولا ينصرف اليه ثم قالوا لا يصير موليا في
الحال ولكن لو ظاهر اولا صار موليا لانه صار العتق متعلقا بالوطي
ثم قالوا انه يعتق لا من جهه الظهار وهذا فيه نظر لانه اذا لم ينصرف
الى الظهار فينبغي ان لا يعتق كما اذا قال انت حر عن ظهاري ولم يكن قد ظاهر
~~فانه لا يعتق كما اذا قال انت حر عن ظهاري ولم يكن قد ظاهر فانه لا يعتق ظاهرا~~
باطنا كما ذكرناه ثم اذا لم يعتق ولا يصير موليا لانه لا التزام الا ان يقال
يلغى قوله عن ظهاري لانه جعل العتق مجانا او سعا قوله انت حر فهذا له احتمال
ولكن في المسايل جميعا اعني في التعليق وفي قوله انت حر عن ظهاري اذا
لم يكن قد ظاهر هذه الرابعه اذا قال ان جامعتك فلله علي ان اعتق هذا
العبد عن ظهاري وكونه موليا يبنى على ان العبد هل يتعين بالنذر لعتق يسبق
لزومه وفيه خلاف سياتي في النذور الفن الرابع
في الحلف بالطلاق وفيه مسايل احدها انه لو قال فانت طالق ثلاثا فهو
مول على الجديد ثم يطالب بالفيه او تنجيز الطلاق ويقال له في الفيه عليك
تغييب الحشفه والنزع في الحال متصلا بالتغييب من غير مكث فانه يقع به
الثلاث وتحرم ويقع النزع في حال التحريم ولكنه كالخروج من المغصوبه فلا
باس به وقال ابن خيران يحرم الوطي اذ يحل النزع عن مكرو وتحته مذهبه ايضا
بان النزع ايضا نوع مماسه والخروج عن الملك المغصوب جايز للضروره

فلله صح

ان لم يكن ظاهر صح

بتنجيز

قال

ولكن يعرض النفس لحمل ذلك بالاختيار عن حاجة فرع لو قال لغير المدخول بها ان وطئتك فانت طالق فهو مولي فلو وطئها وقع الطلاق رجعيا وان كان الطلاق مقاربا للوطي غير متاخر عنه لان الوطي مقرر والطلاق مبين وقد اجتمعا فغلب جانب التقرير النكاح مسالة اذا قال ان وطئتك فضرتك طالق فهو مولي فان بانت الضرة انقطع الايلا لزوال الالتزام فان جدد نكاحها وقلنا يعود الحنث عاد الايلا فتبنى المدة على ما مضى من المدة قبل الطلاق وما تخلل في مدة الابانة لا يحتسب ولا تستانف المدة بخلاف الردة والرجعة اذا طرتا كما سياتي ان شا الله مسالة اذا قال ان وطئت احداكما فالاخرى طالق فهو مولي قال ابن الحداد اذا مضت المدة وجاتا الى القاضي طالبتين طلق القاضي احداهما على الابهام ثم ان كان الزوج قد نوى احداهما نزل على المنوية وعلى الزوج البيان وان كان قد ابهم نفى منهما ووجب على الزوج البيان ولو قال قبل التعيين راجعت التي صادفها الطلاق ففي صحة الرجعة مع الابهام وجهان والاصح انها اذا لم تقبل التعليق ولا تقبل الابهام ثم قال القفال غلط ابن الحداد لان الدعوى لا تصح منهما وهما معترفان بالاشكال فهما كرجلين قالا عند القاضي لاحدنا على فلان الف فانه لا يسمع ولكن يحمل لابن الحداد ان الضرار قد لحقهما ولا بد من الدفع عنهما القسم الخامس اليمين التي تقرب الواطئ الا لتزام وفيه صيغ الاولى اذا الاعن نسوة فقال والله لا اجامعكن فانما تلزمه الكفارة اذا جامع جميعهن ولا يتعلق كفارة بوطي واحدة ولكن يتعلق به القرب من الحنث بوطي الباقيات فالجديد انه لا يصير موليا حتى يطى ثلاثا منهن فيصير موليا في حق الرابعة اذ يتوقف الكفارة على وطيها والقول القديم انه مول لان القرب من اللزوم محذور كاصل اللزوم فعلى هذا لو فاء الى واحدة سقط ايلاوها دون البواقي وكذلك لو طلق واحدة اما اذا ماتت واحدة سقط ايلا الكل اذ حصل الياس عن جماع جميعهن وبه يقع الحنث الصيغة الثانية ان يقول والله لا اجامع كل واحدة منكن فهذا ايلا اذ يتعلق الحنث بكل واحدة ولو قال لا اجامع واحدة منكن فله

التعيين

101

احوال احدها ان يريد به لزوم الكفارة بواحدة اي واحدة كانت على العموم فهو
مول من كل واحدة يطاها الاول ويلزمه الكفارة لكن اذا وطي واحدة انقطع ايلا
الباقيات لان اليمين لا يتناول الا واحدة الثانية ان يقول اردت واحدة مبهمة
وعلي تعيينها او قال نويت واحدة بعينها وعلي بيانها فعند الايلا كذلك ويطالب
بالبيان او التعيين وقال الشيخ ابو علي لا ايلا لان كل واحدة نرجوا ان لا تكون هي المرادة
او المعينة بالايلا فكيف يساوي هذا الياس المحقق في معينة ولهذا متجه ان اعترف
بالاشكال فاراد عنا بعينها وجب عليه الجواب لا محالة ثم اذا لم يكن قد عين فتعين
تحسب المدة من وقت التعيين او من وقت اليمين فيه خلاف ينبني على ان الطلاق المبهم
متى يقع عليها ذكرناه في الطلاق الحالة الثالثة ان يطلق الصيغة فعلى
اي التعيين يحمل فيه وجهان لتعارض الاحتمالين الصيغة الثالثة اذا قال
والله لا اجامعك في سنة الامرة واحدة فالوطي يقربه من الحنث فيكون موليا
على القديم دون الجديد وعلى الجديد اذا وطيها صار موليا ان بقي الى تمام المدة
من السنة فان كان دون اربعة اشهر فليس بمول وان زاد صار موليا من وقت
الوطي ولو قال لا اجامعك في السنة الا مائة مرة او الف مرة فحكمه حكم
المرة الواحدة لا تختلف بالكثرة والقلة الصيغة الرابعة اذا قال
ان جامعتك مرة فوالله لا اجامعك بعدها فهذا تعليق يمين بالوطي فمنهم من قطع
بانه ليس موليا لانه ليس بحالف ومنهم من خرج على القولين لان الوطي يعرضه لان
يصير حالفا والحالف حنث يطي مرة ولو قال ان وطيتك فانت طالق او دخلت الدار
قال القاضي هو مول قطعا لان الوطي يصير ما نعاله من الدخول ومنهم من خرج على
القولين اذا لا فرع اذا قال ان وطيتك فوالله لا وطيتك فعن
المسايل الحسنة ثم عاد الى الايلاج ثانيا ففي لزوم الكفارة خلاف والاوجه ان الوطي يتناول
جميع الايلاجات والحنث بالوطية الاولى ويلتفت على خلاف في وجوب المهر اذا
كان المعلوله يلاطفها القسم السادس في شروط لفظ
الايلا وفيه مسايل الاولى ان الكناية لا تتطرق الى لفظ اليمين من الايلا فلو الاعلى امراة

ثم قال للاخرى اشركتك معها لم يصر موليا الا ان عاد الايلا وذكر اسم الله عز وجل وفي
مثله من الظهار خلاف وبنى على ان المعلق فيه اليمين او الطلاق ولا خلاف في جواز الاشراك
في نفس الطلاق واما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم قال لغيرها اشركتك واراد محمام
تعليق طلاق الثانية بدخولها في نفسها لا بدخول الاولى ففي ذلك خلاف ولو قال انت علي
حرام ونوى الايلا فالظاهر انه لا ينعقد كلفظ الاشراك والثاني انه ينعقد لان هذا
اللفظ ورد في القران لايجاب الكفارة الثانية في تعليق الايلا وهو صحيح كقوله
ان دخلت الدار فوالله لا اطاك ولو قال والله لا اجامعك ان شئت فقالت شئت
صار موليا وهل يختص المشية بالمجلس فيه وجهان احدهما نعم كما في الطلاق والثاني
لا كالتعليق بالدخول وقال مالك اذا علق بمشيتها لم يكن موليا لانها التي اضرت
بنفسها الا ان الشافعي ليس يعتبر ذلك فانها لو تركت المطالبة بعد انقضاء المدة فلها
العود الى المطالبة لانها تركت على توقع فكذلك المشية تبنى على توقع ان الزوج يخالف
مشيتها ويطاها الثالثة انه لا يشترط اضمار الغضب بالايلا عندنا وقال مالك
لا يكون موليا الا في حالة الغضب وهو بعيد لان الضرار حاصل بكل حال الركن الثالث
المدة المحلوف عليها والمطلق منه قوله لا اجامعك والمقيد كقوله لا اجامعك
في سنة فان حلف على اربعة اشهر فما دونه لا يكون موليا لانه قاصر عن المدة الشرعية
ولو حلف على خمسة اشهر فهو مول ويطالب في الشهر الخامس ولو حلف على اربعة اشهر
ولحظة فهو مول على معنى انه ياثم ولكن لا يظهر فايدته في المطالبة ولكن لو حلف على
اربعة اشهر فلما كان في الشهر الرابع حلف على اربعة اخرى ولم يزل يفعل كذلك ابدا
فليس موليا وان كان الضرار حاصلا ولو قال دفعة لا اجامعك اربعة اشهر فاذا
انقضت فوالله لا اجامعك اربعة اشهر وهكذا حتى استوفى مدة طويلة فالصحيح انه
ليس بمول لانه اذا انقضا اربعة اشهر فكيف يطالب بحكم اليمين الاولى وقد انحلت او بحكم
الثانية ولم ينقض منها لحظة وفيه وجه انه اذا فعل ذلك مرة واحدة فهو مول لانه
يصير ذريعة الى الاضرار ويلزم عليه ما لو فعل ذلك اخر كل اربعة اشهر وهو بعيد
ولو قال اذا مضت خمسة اشهر فوالله لا اطاك سنة لا يصير موليا حتى تنقضي خمسة
اشهر فبعده تستفتح المدة ولو قال والله لا اطاك خمسة اشهر فاذا انقضت فوالله
لا اطاك سنة فاذا انقضت اربعة اشهر طولب بالفيئة في الشهر الخامس فان فاء انعطف

الطلبه في الشهر الخامس فاذا انقضا الشهر الخامس استحقتا مده اربعه اشهر لليمين
الثانيه ولو قال لا اطاك حتي تصعدي السما او نزل عيسي او تخرج الدجال او تقدم فلان
وهو علي مسافه تعلم انه لا يقدم في اربعه اشهر فهو مولي قطعا ولو اقترن بالحول دارا او قدوم
زيد لم يكن موليا في الحال فاذا انقضا اربعه اشهر فهل يطالب بالفيئه فيه وجهان احدهما
نعم لان الوطي في هذه الحاله موجب للكفاره والثاني انه لا يطالب لان القدوم والدخول منتظر في كل
حال ولو اقترن بموت زيد فمنهم من قال هو كقدوم زيد ومنهم من قطع بانه يطالب لانه
كالمتعذر في الاعتقاد ان ولو اقترن بموت الزوجين فهو ايلا لا محاله لانه حصل الياس في
العمر وصيغته ان يقول لا اطاك ما عشت او عشت الركن الرابع في الفاظ
المحلوف به وهو الجماع وهي ثلثه اقسام الاول ما هو صريح لا يقبل فيه التاويل ولا بد من لفظ
النيك وايلاج الذكر في الفرج وتغييب الحشفه في الفرج وكذلك قوله للبكر لا افتضك
ولو فسر بالضم والاحتضان لم يدين على الاصح القسم الثاني ما هو صريح في الظاهر
ويتطرق اليه التدبير وهو الوطي وكذلك الجماع لكثره الاستعمال واما الاصابه فالحقه
الشيخ ابو علي بالجماع وهو بعيد اما المباشره والملامسه والمباضعه وما يجري مجراه ففيه
قولان احدهما انها صريحه كالجماع لان العاده في الجماع التحاشي عن التصريح والثاني انها كنايات
لانها بالوضع غير صريح وعاده الاستعمال ليس تتضح فيه كما في الجماع القسم الثالث
الكنايات قولا واحدا وهو كقوله لا ابعدن عنك ولا تجمع راسي وراسك وساده ولا اسوتك
ولفظ القربان والغشيان وجهان احدهما انهما كنايتان والثاني انهما في معني المباشره
والمباضعه فاما اذا قال لا احامعك في دبرك او في الحيض والنفاس فهو محسن
وليس بمولي الباب الثاني في حكم الايلا الصحيح ومجموع ما يترتب
عليه احكام اولها ضرب المده والثاني المطالبه بالفيئه والثالث دفع المطالبه بفيئه
او طلاق والرابع ما يقع به الفيئه فلنشرحها في اربعه فصول الفصل الاول في المده
وفيه مسايل الاولي ان المده تحسب من وقت الايلا من غير حاجه الي القاضي بخلاف مده العنه
فانها تحسب من وقت ضرب القاضي المده لانها متعلقه بالاجتهاد وهذا منصوص عليه في الكتاب
وسببه ان النسوه في غالب الامر لا تصبر عن الرجال مع الياس عن الوقاع اكثر من اربعه اشهر
وانما يشترط زياده على الاربعه ليقع المطالبه بعد المده فان المده مهله للتنجيز وابو حنيفه

راى الطلاق واقعا بمضى المده فلم يشترط زياده على اربعه اشهر الثانيه
~~فان طلقها طلاقا رجعيا قبل مضى المده~~ لا تختلف هذه المده عندنا بالرق والحريه
فانها من تعلق بالشهوه والطبع فهو كمده العنه وقال ابو حنيفه الحره تتربص
اربعه اشهر والامه شهرين وقال مالك تختلف برق الزوج وحريته ○
الثالثه في قواطع المده فان طلقها طلاقا رجعيا قبل مضى المده انقطعت
فان راجعها استانف المده لانها قد حرمت بالطلاق ولا بد من اصرار على التوالى
في المده والرده بعد الدخول كالطلاق الرجعي والطلاق الرجعي بعد المده تقطع
المده فان جرت رجعه فاستينافا في المده اولى لان الطلاق اجابه الى المطالبه
وقد اجاب مره فلا يطالب حتى تمضى اربعه اشهر اخرى والحقوا الرده ايضا بالطلاق
وهو بعيد لانه ليس اجابه للمطالبه اما الذى لا يقطع النكاح كالصوم
والاحرام من جهته فلا يوثر لا طارئه ولا مقارنه وكذلك الاعذار الطبيعيه
كمرضه وكونه محبوسا وكما لو طرى الجنون عليه فلا تمنع تلك الاعذار انعقاد
المده ولا دوامها اما الموانع فيها تمنع احتساب المده كاحرامها وصومها
ونشوزها او في كونها محبوسه او مجنونه او مريضه لا تحتمل الجماع ثم
هذه الاحوال اذا طرت قطعت المده فاذا زالت تستانف المده او تبنى على ما مضى
فيه وجهان احدهما الاستيناف كالطلاق والرده من الزوج والثانى انها تبنى لان هذا لم
يقطع النكاح حتى يقطع المده المبنيه عليه وانما هذه اعذار تمنع المطالبه
فاذا زالت عادت المطالبه والمذهب القطع بانها اذا طرت بعد المده لم توجب الاستيناف
وقيل يطرد الوجهين وهو بعيد واما صومها فلا يمنع الاحتساب لان التمكن حاصل
بالليل وفى التطوع بالنهار فليس ذلك عذرا مانعا ○ الرابعه اذا تنازعا في
انقضا المده فرجع حاصله الى النزاع في وقت الايلا والقول فيه قوله مع يمينه ○
الفصل الثاني في المطالبه وفيه مسايل احدها ان لها رفع الامر الى القاضي
فان تركت المطالبه او رضيت فلها العود مهما شات بخلاف ما اذا رضيت بعيب
الزوج او رضيت بعد مده العنه لان ذلك عجز وعيب في حكم خصله

واجبره فرضاها يسقط حقها فاما هذا فيحمل الرضا فيه على توقع الحنث كما يحمل
رضاها عند الاعسار بالنفقة على توقع اليسار ه الثانيه لا مطالبه لغير الزوجه
فاذا رضيت لم يكن للولي ولا لسيد الامة المطالبه ولا لولي المجنونه والصغيره لان
هذا لا يقبل النيابه ه الثالثه لا مطالبه لها اذا كان فيها مانع طبعا كالمرض
العظيم او الرتق او القرن او شرعا كالحيض والنفاس والاحرام يمنع المطالبه ولا ينقطع
المده لان ذلك قد ذكر في الاشهر مرارا نعم اذا فرعنا على قول بعيد في صحة الايلاء
عن الرتقا كان لها المطالبه بالفيئه باللسان ه الرابعه اذا كان المانع فيه ان
كان طبعا فلها المطالبه بالفي باللسان وبعذر وبعد بالوطي وذلك بدفع الضرار
وان كان شرعيا كالظهار والصوم والاحرام قطع المراوزه بانه لا يكفيه الفيئه باللسان
وللمراة المطالبه وعليه ان يطلق فان وطي اندفعت المطالبه مع كونه حراما ونقول له
ان شئت ان تقضي بالوطي او تطلق فانت قد ورطت نفسك فيه وقال مالك الوطي في
الاحرام لا يسقط المطالبه اما العراقيون بنوا على جواز التمكين فقالوا اذا كانت
محرمه او حايضا فطالبها بالتمكين لم يحل لها وان كان الزوج محرما او صايما عن فرض
وطالبها فهل لها التمكين فيه وجهان احدهما لا لان هذا الوطي معصيه فكيف تمكن منه والثاني
نعم لان المعصيه اختصت بالزوج والوطي حقه فعليها التوفيه وان كان المسنون في
غاضبا ولا خلاف في ان للرجعيه الامتناع لان الطلاق متعلق بها واختلفوا في ان الظهار
كالاحرام او كالطلاق وبه قالوا ان قلنا عليها التمكين فلها المطالبه فان قصد الزوج
الوطي وامتنعت سقط طلبها وان حرمنا التمكين فعليها الامتناع وهل لها الارهاق
الى الطلاق فيه وجهان احدهما لها ذلك والزوج هو الذي ورط نفسه فيه والثاني لا بل
تكتفي بوعد كالمانع الطبيعي ه الفصل الثالث في دفع المطالبه ولا يندفع الا
بالطلاق او بالوطي من القادر والفيئه باللسان من العاجز كما سبق فان رفع الى القاضي فامتنع
من الامرين طلق القاضي عليه في اصح القولين وفي القول الثاني يلجئه بالحبس والتعزير الى
الطلاق وهو بعيد لانه اكراه على الطلاق وانكر المزني هذا وقال لم يصر اليه احد من العلما
نعم لو استمهل الزوج من القاضي ثلاثة ايام في الفيئه باللسان لم يمهل وفي الوطي وجهان
احدهما لا لان مده المهله اربعه اشهر وقد تمت والثاني نعم لانه ربما لا يجد قوه ونشطه

في الحال فعلى هذا لو بادر القاضي الى الطلاق قبل مضي المده لم يطلق لا كفسخ المرتد قبل تمام
المهلة فانه مهدر ولان الطلاق يقبل الرد وفيه وجه بعيد انه ينفذ والمهله بالثلاثه
ايام تجري في سبعه مواضع المرتد وتارك الصلوه والفسخ بالاعسار وبالعنه وخيار
العتق والشفعه والايلا اما الرد بالعيب فهو على الفور ثم اذا استمهل وامهلناه
فادعا العنه فيستانف مدة العنه ولا يطلق لان الطلاق كان لا يتسلط عليه لظننا به
القدرة وذكر العراقيون وجها انه يطلق فرع اذا غاب الزوج الى مسافه اربعه
اشهر فلوكيلها في الخصومه ان يطالب بالطلاق او الانصراف اليها او حملها اليه وخروجه الى
السفر في الرجوع ابتدا الفيئه فلو صبر حتى انقضت مده الامكان ثم قال الان ابتدي
السفر فللحاكم تلك البلاد ان يطلق الفصل الرابع فيما به الفيئة وهو
الوطي ويكفي تغيب الحشفه ولو نزلت على زوجها لم يحصل الفيئة اذ لم يحل به اليمين وليس
هذا فيئة منه اما اذا اكره وقلنا ينعقد على الوطي اكراه ابتدا الحد ففي لزوم الكفارة
به خلاف فان قلنا يلزم فقد انحل اليمين والايلا وان قلنا لا فهل ينحل اليمين فيه خلاف
فان قلنا ينحل فلا طلبه وان قلنا لا ينحل فالصحيح ان الطلبه تبقا لبقا الايلا وفيه وجه
انه لا طلبه لاندفاع الضرار بحصول الوطي اما اذا الايم جن فوطي فالمنصوص فيه
انه ينحل اليمين بفعله ولا كفاره وخرج من الناسي قول في وجوب الكفاره فيلتحق بتفصيله
بالمكره فرع لو تنازعا في الوطي في المده فالاصل عدم الوطي ولكن القول قوله على
خلاف قياس الخصومات وقد ذكرنا نظير ذلك في العنه ثم قال ابن الحداد ولو طلقها
واراد ان يراجعها وقال صدقتموني في الوطي فلي الرجعه قلنا لا بل ترجع الى القياس
فالاصل عدم الوطي والعده فالقول قولها في ذلك وانما كان ذلك لنوع ضرورة هناك والله اعلم

كتاب الظهار وفيه بابان الباب الاول

في اركانه وموجب الفاظه وفيه فصلان الفصل الاول في اركانه وهي المظاهر
والمظاهر عنها واللفظ والمشبه به الركن الاول المظاهر وكل من يصح طلاقه
يصح ظهاره وقد ذكرناه وذلك لان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فجعله الشرع
محرما للزوجة وموجبا للكفاره عند العود الى ما قبله فيصح ظهار المجبوب والخصي والذمي
ثم على الذمي الكفاره ويصح منه الاعتاق مهما اسلم في ملكه عبد كافر وكذلك لو قال
لمسلم اعتق عبدك المسلم عن كفارتي جاز على وجه فان عجز فالصوم غير ممكن في حقه

فيعدل الى الاطعام وقال القاضي لا يعدل فانه قادر فليسلم وليصم وهو بعيد لانه يقر على دينه ولا يكلف تركه وقال ابو حنيفة لا يصح ظهار الذمي لانه ليس من اهل الكفارة
الركن الثاني المظاهر عنها وهي كل من يلحقها الطلاق فان ظاهر عن الرجعية وتركها لم يكن عايدا وان راجعها تعرض للزوم الكفارة كما سياتي وان ارتدت وظاهر عنها فان رجعت الى الاسلام انعقد الظهار والايلا والظهار والطلاق متساويه الا في المجبوب والرتقا فان الصحيح ان الايلا فيهما لا يصح
الركن الثالث اللفظ وصريحه ان يقول انت علي كظهر امي ولا مناقشة في الصلات فلو قال انت مني او معي او عندي او مثل ظهر امي فكل ذلك صريح وكذلك لو ترك الصلة وقال انت كظهر امي فلو قال اردت الاضافة الى غيري لم يقبل كما لو قال انت طالق وقال اردت من غيري لان الشرع نزل هذا النا وبلايم يتصدا الظهر في اجزا الام واجزايها واجزا الام قسمان احدهما ما لا يذكر في معرض الكرامة كقوله كبطن امي وشعرها ورجلها ويدها وفيه قولان القديم انه ليس بظهار اتباعا للعادة الجاهلية والثاني انه ظهار اتباعا للمعنى لانه كلمة زور تشعر بالتحريم كالظهر وكذا لو اضاف الى بعض الزوجة فقال يدك او رجلك علي كظهر امي خرج على القولين وماخذه الاتباع او النظر الى المعنى فقد ظهر ان التصرفات القابلة للتعليق كالطلاق والظهار والعتاق تصح اضافتها الى البعض اما النكاح والرجعة فلا واما الايلا فاذا قال لا اجامع فرجك او نصفك الاسفل فهو صريح ولو اضاف الى النصف الشايع ففيه احتمال لان ترك الجماع في النصف من ضرورته تركه في الكل
القسم الثاني ما في معرض الكرامة كقوله انت مثل امي او كامي او كروح امي فان اراد الكرامة فليس بظهار وان قصد الظهار فهو ظهار وان اطلق فوجهان لتعارض الاحتمالين ولو قال كعين امي التفت الى الجديد والقديم لانه اضافة الى البعض واختلفوا ان الراس كالبطن او العين او الروح لانه قد يذكر للكرامة
الركن الرابع في المشبه به فلو شبهها بمحللة او بمحرمة تحريما موقتا كالاجنبية او تحريما لا محرمية فيها كالملاعن عنها لم يكن ظهارا واما المحرمة على التابيد بقرابة او مصاهرة او رضاع ففيه اقوال احدها الاقتصار على الام اتباعا للعادة الجاهلية وهو ماخذ القديم والثاني ان كل ذلك ظهار

اتباعا للمعنى لان التحريم شامل والثالث الاقتصار على الام والجداو الجده بها لانها في
معناها دون غيرها والرابع الحاق كل محرمه بالنسب بالام وكذلك كل محرمه بالرضاع
لم يعهد تحليلها من اول وجودها دون من طرى التحريم عليها ودون المحرمه بالمصاهره
فانها كانت محلله ولان الرضاع يشبه النسب دون المصاهره واما اذا قال انت علي
كظهر ابي لم يكن ظهارا لانه ليس في محل الاستحلال **الفصل الثاني في موجب**
الالفاظ وفيه مسايل الاولى انه لو قال مهما ظاهرت عن ضرتك فانت علي كظهر امي كان
كما قال لان الظهار يقبل التعليق ولو اشار الى اجنبيه وقال مهما ظاهرت عنها فانت علي كظهر
امي صح وتناول ظهارا عنها بعد نكاحها بشرط الموجب اللفظ على الصحيح شرعا فلو جرى
مع الاجنبيه لفظ ظهار لم يحنث ولو صرح وقال ان ظاهرت عن فلانه وهي اجنبيه فهذا القول
عند الشافعي تعليق بمحال وقال المزني يبرك ذلك على اللفظ وكذا الخلاف فيما لو قال
ان بعت الخمر فانت علي كظهر امي ثم باع لم يحنث عند الشافعي لانه ليس ببيع وعند المزني يحمل
على المسمى تبعا للعاده اما اذا قال ان ظاهرت عن فلانه الاجنبيه فيحمل التعريف ويحمل
اشتراط كونها اجنبيه فعلى ايهما يحمل فيه وجهان **الثالثه** ان يظاهر عن امراه ويقول
للاخرى اشركتك معها ونوى ففيه خلاف مبني على ان الظهار يغلب فيه مشابهه الايمان
او الطلاق **الثالثه** اذا قال انت طالق كظهر امي وقع الطلاق وقوله انت علي بعد تمامه
فان اراد بالبقيه التاكيد قبل وان اراد الظهار لغا ان كان باينا وبعد ان كان رجعيا
المساله الرابعه ان يقول انت علي حرام كظهر امي فله اربعه احوال احدها ان ينوي
الطلاق دون الظهار وقصد التاكيد فهو كما نوى وكقوله انت طالق كظهر امي وفيه وجه
ان الظهار هو الحاصل لانه اتى بصريحه دون صريح الطلاق فهو اولى من الكنايه ولا يكفي
النيه **الحاله الثانيه** ان يقول نويت
انه لو عنى الظهار دون غيره فلا يحصل الا الظهار
الطلاق والظهار جميعا مقرونا بقوله انت علي حرام ففيه ثلثه اوجه احدها ان الجمع غير
ممكن في لفظ واحد والطلاق اقوى فهو الواقع والثاني ان الظهار اولى اذ اتى بصريحه
والثالث وهو اختيار ابن الحداد ان الرجل يخير حتى يختار احدهما اذ ليس احدهما اولى من الاخر
الحاله الثالثه ان يقول اردت بقولي انت علي حرام طلاقا وبقولي كظهر امي ظهارا
وقع الطلاق وبعد الظهار ان كان رجعيا وفيه وجه ان الظهار لا يصح لان قوله كظهر
امي غير مستقل وقد انصرف الكلام الى الطلاق اما لو عكس وقال اردت الظهار
اول

نشرها او حقيقه

تبعا

طالق ثم

بالاول والطلاق بالاخر نفذ الظهار دون الطلاق لانه نواه بلفظ الظهار وقال الشيخ ابو محمد يقع الطلاق لان قوله كظهر امي ليس مستقلا ولم يحصل به ظهار فيحصل به طلاق ○ **الحالة الرابعة** ان يقول لم اقصد بالمجموع الا تحريم عينها لم يحرم عليه ويلزمه الكفارة ○ **المسالة الخامسة** لو قال انت علي حرام وقال نويت الظهار والطلاق جميعا مع اللفظ قال ابن الحداد ان نوى الظهار اولا صح ووقع الطلاق ولم يكن عايدا وان نوى الطلاق اولا وكان رجعيا صح الظهار قال الشيخ ابو علي هذا غلط لان اللفظ واحد فينبغي ان يجعل كما لو نواهما معا فيخرج على الخلاف في ان الاولى ايهما وهذا يلتفت على ان نية الكناية اذا اقترنت ببعض اللفظ ما حكمه وقد ذكرناه في الطلاق ○

الباب الثاني في حكم الظهار الصحيح

وله حكمان احدهما تحريم الجماع على الاقتران به الى ان يكفر اما بالعتق او الصيام او الاطعام وجوز ابو حنيفة الوطء للمكفر بالاطعام لان الاية مطلق في حقه لاكن الشافعي يحمل المطلق على المقيد في مثل ذلك ثم اختلف قول الشافعي في ان التحريم هل يقتصر على الجماع فقال في المختصر احببت ان يمنع القبلة وقال في موضع اخر رايت ان يمنع القبلة فقيل قولان احدهما التحريم لقوله تعالى من قبل ان يتماسا والقايل الثاني يحمله على الوقاع كقوله تعالى من قبل ان تمسوهن ثم مسالك الاشتباه متعارضة فنقول كلما حرم الوطء لخلل في الملك كالطلاق والردة او الاستبراء عن الغير كعدة الوطء بالشبهة او لاباحة الغير كتزويج السيد امته فكذلك يحرم اللمس واما الصوم والحيض فلا وقياس الاحرام ان يكون كالصوم ولكنه يحرم اللمس تعبدا واما الاستبراء في [illegible] فيحرم الوطء وفيما دونه خلاف وان كان من جهة سبي او تملك فيحرم الاستمتاع مطلقا لانه لو ظهر الحمل لحرم على الاطلاق وكذا وجهه في السبي والظهار متردد بين هذه الاصول فان لم نحرم الا الوطء ففي الاستمتاع بما بين السرة والركبة خلاف مبني على انا ان حرمنا ذلك في الحايض عللنا بانتشار الاذى او الخوف من الوقوع في الوقاع ويظهر تشبيه الظهار بالحيض لانه يحرم مع دوام النكاح لكن من حيث انه كان طلاقا [illegible] تحريمه بالكفارة يحتمل [illegible] ان يشبه بتحريم الرجعية ○ **الحكم الثاني** في وجوب الكفارة وهو منوط بالعود

قال الله تعالى ثم يعودون لما قالوا واختلف العلماء فيه على خمسة مذاهب قال الثوري هو نفس
الظهار عائد وهذا فاسد لقوله تعالى ثم يعودون وقال داود اراد تكرير لفظ الظهار والعود
اليه وقال الزهري ومالك في احدى الروايتين انه الوقاع اذ به يعود لنقض كلامه وقال
ابو حنيفة ومالك في رواية انه العزم على الامساك وقال الشافعي هو نفس الامساك
ومهما لم يطلق عقيب الظهار على الاتصال فهو ممسك ولا يكفيه العزم على الطلاق دون حقيقته
لان امساكه عود لنقض كلامه فمسئلة ان يقول انت علي كظهر امي انت طالق متصلا حتى لا
يلزمه الكفارة ويتفرع على هذا الاصل مسائل الاولى اذا مات عقيب الظهار فلا كفارة اذ لم
يتحقق الامساك فانه يفتقر الى زمان القدرة على الطلاق ولو طلقها طلاقا رجعيا فلا عود
فان راجع فنص الشافعي ان نفس الرجعة عود ونصه انه لو ارتد وعاد لم يكن نفس الاسلام
عودا وكذا لو ابانها وجدد النكاح وقلنا يعود الظهار والحنث لم يكن مجرده عائدا
لان الاسلام يقصد به تبديل الدين والنكاح يقصد به تجديد الملك والرجعة لا معنى لها
الا امساك الزوجة ومن اصحابنا من خرج وجها الى الرجعة من النكاح والردة وفي النكاح والردة
من الرجعة وطرد القولين لكن الفرق وتقرير النص اظهر فان قيل اذا آلى ثم ابان وجدد
النكاح لزمته الكفارة بالوطء وان لم نقل بعود الحنث فلم لا يعود كفارة الظهار قلنا لان اليمين
تستقل بنفسها دون النكاح والظهار لا يتصور الا في النكاح والكفارة ها هنا كالمطالبة بالفيئة
عن الايلاء فانها من الخواص فلا يعود في نكاح ثان نعم لو ظاهر وعاد حتى حرم عليه استقر
الكفارة فلو طلق وجدد استمر التحريم الى الكفارة فاما لو كانت رجعية فاسترجعها فقد خلاف
مبني على ان تحريم الطلقات واللعان هل يتعدى الى ملك اليمين كما ذكرناه في المسألة
السادسة اذا ظاهر عن زوجته الرقيقة ثم اشتراها على الفور ففيه وجهان احدهما ان الشري
نفي العود كالطلاق لانه قاطع والثاني لا لانه نقله من حل الى حل فهو عائد وهذا يتجه
اذا قلنا انه يتعدى تحريم الظهار الى ملك اليمين ثم قال ابن الحداد لا بد ان يتصل قوله اشتريت
بالظهار ولو تشاغل باسبابه حصل العود وقال الاصحاب ان كانت اسبابه متعذرة فهو
كما قال وان كانت متيسرة على القرب لم يكن عائدا اما اذا علق طلاقها بعد الظهار على
الدخول فهو عائد اذ لا فائدة في التعليق وهو قادر على التنجيز فلو كان قد علق من قبل
فدخل على الاتصال فلا عود ان كان الدخول متيسرا ولو لاعن عقيب الظهار وظاهر
النصرانية وهي ثم يمنع العود ثم اختلفوا في صورته فمنهم من قال لو قذف بعد الظهار ولم

الطلقات ح

تقصير في البدار الى الرفع الى القاضي على العادة فلا عود ومنهم من قال ينبغي ان يتصل كلمات
اللعان بالظهار ويكون القذف والرفع سابقا وقال ابن الحداد ينبغي ان تتصل الكلمة الاخيرة
بالظهار فانه القاطع والزم عليه ما لو قال عقيب الظهار يا زينب انت طالق وقيل قوله يا زينب لا
يوجب العود لانه من جملة الكلام فكذا كلمات اللعان **المسألة الثالثة**
لو علق الظهار بفعل غيره فوجد ولم يعرف فليس بعائد فكما عرف ينبغي ان يبادر الطلاق
ولو علق بفعل نفسه ففعل ونسي الظهار فهو عائد لانه في نسيان فعل نفسه غير معذور
المسألة الرابعة اذا قال انت علي كظهر امي خمسة اشهر لم يصح على القديم
لخروجه عن المعتاد وعلى الجديد يصح ان غلبنا مشابهة الايمان وان غلبنا مشابهة الطلاق
فلا لان الطلاق المؤقت ابدا كغلبة الطلاق ولم يظهر ذلك للظهار وقد قيل يصح مؤبدا تشبيها
بالطلاق والثاني لغو لانا ان شبهناه بالايمان صح مؤقتا ويكون العود بالجماع نص الشافعي
عليه لانه ينتظر حلها بعد الاشهر فانما يمسك لذلك فلا يكون مجرد امساكه مناقضا
واعترض المزني على هذا وقال لا فرق بينه وبين المطلق ومن الاصحاب من قال للشافعي قول قديم
ان العود هو الجماع فيطرد في المطلق والمؤقت وهو فاسد لانه نص عليه في الجديد والفرق
ما ذكرناه فعلى النص اذا جامع حرم الجماع وعليه النزع متصلا بغيبوبة الحشفة وعلى
مذهب ابن خيران يحرم الجماع الاول ايضا كذلك قال الصيدلاني اذا جامع تبين انه كان
عائدا عقيب اللفظ وعليه يحمل امساكه وفيه فقه يوافق النص ويدفع اعتراض المزني فعلى
هذا لا يباح الوطء الاول اذ هو مبين للتحريم قبله فهو كما لو قال انت طالق قبل الوطء فانه يحرم
الوطء **المسألة الخامسة** اذا قال لاربع نسوة انتن علي كظهر امي صار
مظاهرا عن جميعهن ولكن في تعدد الكفارة واتحادها قولان لاتحاد اللفظ وهو كالخلاف
فيما لو قذف جماعة بكلمة واحدة ان الحد هل يتعدد ومشابهة الايمان يقتضي الاتحاد لان
الكلمة واحدة ومشابهة الطلاق يقتضي التعدد لتعدد المحل فان قلنا تتعدد فلا يخفى وان قلنا
تتحد فلو امسكهن فعليه كفارة ولو طلق واحدة وامسك واحدة لم يلزمه كفارة لان مناقضة ثلثا م
الظهار بالعود يتحقق بامساك الواحدة وليس كما لو قال والله لا اجامعكن فانه لا كفارة
بجماع واحدة لان مخالفته تتحقق بجماع الجميع وحقيقة الظهار ها هنا يتعلق بطلاق الجميع
فاما اذا ظاهر عنهن باربع كلمات على التوالي فيجب عليه اربع كفارات ويكون بالظهار الثاني

عايدا في الاول وبالثالث عايدا في الثاني وبالرابع عايدا في الثالث فان قال عقيب الرابع انت طالق فعليه ثلث
كفارات فان لم يقل فاربع كفارات **المسالة السادسة** اذا كرر لفظ الظهار على الاتصال كفا
فقال وقصدت بالثاني تاكيد الاول قبل وان كرر هل يكون به عايدا فيه وجهان احدهما نعم لان اشتغاله
بالتاكيد ترك للطلاق والثاني لا لانه لا يكون به ممسكا لان التاكيد في حكم تمام الكلام وان قصد ظهارا
اخر فهل يتعدد الظهار مع اتحاد المراة طريقان احدهما طرد القولين في تعدد الكفارة والثاني القطع
بالتعدد تغليبا لجانب اللفظ ولا خلاف انه لو قذف شخصا واحدا مرتين فالحد واحد ثم ان طلق عقيب
الثاني لم يكن عايدا في الثاني وهل يكون عايدا في الاول لاشتغاله بالثاني فيه وجهان مرتبان على صورة
ارادة التاكيد وها هنا اولى بان يكون عايدا لانه كلام مستقل بنفسه اما اذا تخلل زمان فهو
عايد في الاول والظهار الثاني منعقد ان قلنا يتعدد الكفارة والا فلا فايدة فيه اما اذا قلنا يتعدد
فقال اردت التاكيد مع تخلل الفصل هل يقبل تردد فيه جواب القفال كما ذكرناه في الايلاء لان
فيه مشابهة الاخبار **المسالة السابعة** اذا جن عقيب الظهار فليس بعايد ولو
اغمي او لم يكن بمجرد الافاقة عودا ولكن اذا لم يطلق عقيب الافاقة صار عايدا ولو قال ان لم اتزوج
عليك فانت علي كظهر امي فلا ظهار في الحال فان مات قبل التزوج حصل الياس وصار مظاهرا قبيلا
قبل الموت هكذى قاله ابن الحداد وقال بعض الاصحاب الظهار حاصل ولا عود لانه مات عقيب
انعقاد الظهار وانما كان يستقيم ما قاله لو استند انعقاد الظهار الى الاول وما ذكره ابن الحداد
اغوص فليتامل فان قيل الوطي يحرم بنفس الظهار او بالعود قلنا بالعود اذ لو كان بمجرد الظهار
لكان تستقر الكفارة وان طلق عقيبه حتى لو اراد وطيها بنكاح جديد او ملك يمين لم يجز الا بكفارة
وليس كذلك ولكنه اذا عاد حرم ووجبت الكفارة واستقرت لا لاجل استحلال الوطي فانه
لو ابانها بعد العود لم يسقط الكفارة لانها استقرت بالعود المناقض للظهار كما تستقر بالحنث
في اليمين والكفارة تجب بالظهار والعود جميعا والظهار احد سببيها كاليمين ولذلك قال ابن الحداد
لو قال ان دخلت الدار فانت علي كظهر امي ثم اعتق عن الظهار ثم دخلت ووقع العتق لم يجزه عن اجل
التشبيه وخالفه بعض الاصحاب فقالوا لو انه ما لو قال ان دخلت الدار فوالله لا اكلمك
ثم اعتق قبل الدخول لا يجزي لانه انما يصير حالفا عند الدخول ولكن يحتمل ان يقال يشبب بصيرورته
حالفا ومظاهرا قد وجد فيكفي ذلك مسترة

كتاب الكفارات

وخصالها ثلاث العتق والصوم والاطعام فالعتق لا يدخل في فدية الحج والاطعام لا يدخل في كفارة
القتل على احد القولين وكفارة الجماع والظهار متساويتان في ترتيب العتق ثم الصيام ثم الاطعام وكذلك
كفارة القتل ان قلنا يدخلها الاطعام وكفارة اليمين على التخيير بين العتق والكسوة والاطعام فان عجز
فالصيام ثلاثة ايام وسياتي في موضعه والمقصود كفارة الظهار ثم تندرج فيه جمل من احكام
الكفارات **الخصلة الاولى العتق** ولا يجزي في الكفارات الا رقبة مسلمة سليمة كاملة

الرق تعتق بلله جازمه عتقا خاليا عن شوب العوض فهذه خمسة شروط
فلنفصلها الاول الاسلام والمسلم كل من ولده مسلم او مسلمه او اسلم
احد ابويه في صغره او التقط في دار الاسلام او سباه مسلم في صغره وليس
معه ابواه او نطق بكلمتي الشهاده بعد البلوغ فان نطق وهو صبي مميز ففيه قولان
ولو نطق مكرها فهو مسلم الا ان يكون ذميا فلا الحكم باسلامه على احد القولين
وفيه مسالتان احداهما انه لو نطق بكلمتي الشهاده فالصحيح انه اسلام وان
لم يصرح بالبراة عن سائر الملل ومنهم من شرط ذلك نعم لو اقتصر على قوله لا اله
الا الله وكان ذلك على وفق ملته لم نحكم باسلامه وان كان على خلافه كالوثني
والنصراني القايل بالتثليث فمنهم من حكم باسلامه ثم قال نطالبه بالشهاده الثانيه
فان ابا جعل مرتدا ومنهم من لم نحكم باسلامه ما لم يات بكلمتي الشهاده
الثانيه لو اقر بصلاه او ركن من اركان الاسلام يخالف ملته هل يجعل به
مسلما فيه وجهان وضابطه عند من يجعله مسلما ان كل ما يكفر المسلم بانكاره
فيصير الكافر بالاقرار به مسلما الا ان التصديق والتكذيب لا يجزي ولعلنا نستقصي
هذه الاحكام في كتاب اللقيط فلا نعيده وقال ابو حنيفه لا يشترط الايمان في
رقبه كفاره الظهار فان الوارد في القران رقبه مطلقه ولكن عندنا يحمل المطلق
على المقيد **الشرط الثاني** السلامه من العيوب وعليه ينزل
الرقبه المطلقه في القران ثم قال ابو حنيفه الاقطع يجزي والاصم والابكم
لا يجزي وجعل الضابط فيه زوال جنس من المنفعه لان العيب المعتبر في البياعات
لا يعتبر واعتبر كمال اجناس الاعضا والمنافع والشافعي اعتبر ما يوثر في العمل
تاثيرا بينا اذ غرض الاعتاق ان يستقل ويسعى لنفسه والزمن لا يجزي ويجزي
الاصم والاعور اذ يقدر على العمل والكسب وكذلك الاقرع والاعرج والعنين
والخصي والاقطع لا يجزي وقطع الابهام او المسبحه او الوسطى مانع وقطع
الخنصر او البنصر لا يمنع وقطعهما جميعا مانع ان كان من يد واحده ومن يدين
لا يوثر وقطع انمله لا يوثر الا من الابهام و فقد اصابع الرجل لا يوثر والمجنون

لا يجزي اذا كان جنونه مطبقا والمريض الذي لا يرجا زواله لا يجزي فان زال على
الندور هل يتبين اجزاوه فيه والذي يرجا زواله يجزي فان مات فهل يتبين انه لم يقع
موقعه فيه خلاف وان كان يجن ويفيق فيجزي ان كان ايام الافاقه اكثر والا ففيه
تردد والهرم العاجز لا يجزي والصغير وهو ابن يوم يجزي لان مصيره الى الكبر والظاهر
ان الحبشي لا يجزي وفيه وجه واما الاخرس فالقياس انه يجزي وقد اختلف فيه
نص الشافعي فمنهم من قال قولان واجزاه في الاصم الاخرس وهو الاصح ومنهم من قطع
بالجواز وحمل النص على الذي لا يفهم الاشاره **الشرط الثالث** كمال الرق
فلا يجزي عتق المستولده لانه يمنع بيعها ولا عتق المكاتب كتابه صحيحه لنقصان الرق
ولوقوع العتق عن جهه الكتابه بدليل استتباع الاكتساب والاولاد والمكاتب كتابه
فاسده يبتنى على العلتين ان عللنا بنقصان الرق نفذ وان عللنا بالاستتباع وقلنا انه يستتبع
لم ينفذ فان اشترى عبدا بشرط العتق فاعتقه عن الكفاره ففيه تفصيل ذكرناه
في البيع اما عتق العبد المرهون والجاني ان نفذناه فهو يجزي عن الكفاره لانه ينفك
الرهن بخلاف الكتابه **فروع الاول** العبد الغايب الذي تواصل اخباره يجزي
اعتاقه والمنقطع الخبر نص على انه لا يجزي ونص على انه يخرج عنه زكوه الفطر فقيل
هو ميل الى الاحتياط في المسالتين وقيل فيهما قولان لان الاصل بقاوه والاصل اشتغال الذمه
الثاني العبد المغصوب في يد متغلب يجزي اعتاقه وفيه وجه انه لا يجزي
لانه لا يستفيد استقلالا كاملا وهو بعيد **الثالث** اذا اشترى قريبه بنيه
الكفاره لم يجز لان عتقه مستحق عن جهه القرابه وقال الاودني اذا اشتراه بشرط
الخيار واعتقه عن الكفاره جاز **الرابع** اذا اعتق نصفين من عبدين في كفاره اجزا
ولو اعتق نصفي عبدين فيه وجهان احدهما يجزي لان الاشقاص تجمع اشخاصا في الزكوه فكذلك
هذا والثاني لا لان المقصود افاده الاستقلال ولا يحصل بالتجزيه نعم لو ملك عبدين
وعليه كفارتان فقال اعتقتهما عن كفارتي نصف كل واحد منهما عن كفاره فقد حكي
عن نص الشافعي انه يجزي ومنهم من قال عتق العبدان عن الكفارتين ولا معنى لتجزيته واضافته
الخامس اذا ملك المعسر نصف عبد فاعتق نصفه عن كفارته ثم اشترى النصف
الثاني واعتق جاز لانه كمل الخلاص وان كان موسرا ففي كيفيه نفوذ العتق ثلثه

تجزي
الافضل صح

108

قوال فان فرعنا على تنجيز العتق نظر فان وجه العتق على جملة العبد وقال اعتقتك عن الكفارة لغد واجزاه وقال القفال لا ينصرف النصف الثاني لانه عتق بسراية الشرع لا باعتاقه الا انا نقول حصل بسببه فصار كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر عن كفارتي فدخل العبد عتق واجزا وان وجه على النصف لم ينصرف ... وهل يجزي ذلك النصف ينبني على عتق الاشقاص وان فرعنا على ان العتق يتوقف على ادا القيمة فنوى عند اللفظ صرف النصف وعند الادا صرف النصف الثاني جاز وان نوى الكل عند الادا واللفظ جميعا فوجهان احدهما الجواز لان السبب المعتق عنه الادا والثاني انه لا بد عند العتق من النية وقال الشيخ ابو حامد يجب ان ينوي الكل عند اللفظ ولا يعتد بالنية عند الادا

الشرط الرابع ان يكون خاليا عن العوض فلو اعتقه على ان يرد عليه العبد دينارا لم يقع عن الكفارة ولو قال لغيره اعتق عبدك عن كفارتك ولك علي الف فاعتق نفذ لا عن الكفارة وهل يستحق الالف فيه وجهان جاريان في التماس من غير ذكر الكفارة احدهما لا لان العتق وقع عنه فكيف يستحق العوض والثاني يستحق كما لو قال اعتق مستولدتك ولك علي الف وكان الخلاف يرجع الى ان الفدا هل يجوز مع امكان الشرا وعند هذا جرت العادة بذكر النظر في التماس العتق وفيه مسائل الاولى اذا قال اعتق مستولدتك ولك علي الف نفذ ولزم الالف وهذا افتدا ومقابلة للمال باسقاط الملك كما في اختلاع الاجنبي ولو قال اعتق مستولدتك عني على الف فقال اعتقت عنك عتقت ولغا قوله عني والظاهر انه لا يستحق العوض لانه رضي بشرط الوقوع عنه ولم يقع وفيه وجه انه يستحق ويلغا قوله عني كما لو قال لغيره طلق زوجتك عني فانه يحمل على انه اراد طلقها لاجلي ويستحق الزوج العوض واعلم ان حكم الشافعي بنفوذ العتق في المستولدة مع قوله اعتقت عنك يدل على انه اذا وصف العتق او الطلاق بوصف محال يلغا الوصف دون الاصل

الثانية اذا قال اعتق عبدك عني فقال اعتقت وقع عن المستدعي ثم ان ذكر عوضا استحقه فان لم يذكر فهل يستحق قيمته وجهان احدهما لا استحق بل يحمل على الهبة والثاني انه يستحق كما لو قال اقض ديني فانه يرجع على راي ولكن هذا التوجيه انما يستقيم اذا قال اعتق عن كفارتي فانه اذا حق مستحق ولو صرح وقال اعتقه عني مجانا فقال اعتقت نفذ ولا عوض وقال ابو حنيفة لا ينفذ لان الملك لا يحصل في الهبة دون القبض

البهائم

النصف الثاني ...

ولكن قال بعض الاصحاب اعتاقه تسلط تام اقوى من الاقباض وبنوا عليه انه لو وهب
ثم قال للمتهب اعتقه عن نفسك فاعتق نفذ عنه من غير قبض اما اذا اطلق وقال اعتق
عبدك ولم يقل عني او عنك فاعتق وقع عما اذا نزل فيه وجهان احدهما انه عن المستدعي لقرينة
الاستدعا والثاني انه كقوله اعتق عن نفسك حتى يخرج الشرطي العوض على ما ذكرناه ٥
المسالة اذا قال اذا جا الغد فعبدي حر عنك بالف فقال قبلت فهذا كتعليق
الخلع وقد ذكرناه ولو قال اعتق عبدك عني غدا بالف فصبر حتى جا الغد وقال اعتقت
قال صاحب التقريب ههنا يستحق المسمى لانه ليس بتعليق وفيه نظر ايضا ذكرناه في الخلع
ولو قال اعتقه عني على خمر او مغصوب فهو كالخلع على المغصوب ويحتمل ههنا الفساد
في العوض وان كان الملك يحصل للمستدعي لانه ملك ضمني فلا تعتبر شروطه وسطر
الى صورة الاعتاق ولذلك لم يشترط القبض في الاعتاق مجانا فان قيل العتق يحصل متصلا
باخر قوله اعتقت والملك كيف يحصل قبله فيكون قد حصل قبل اللفظ او كيف يحصل بعده
فيكون متاخرا عن العتق او معه فيكون مع العتق والكل محال قلنا ذكر فيه خمسة اوجه
احدها انا نتبين حصوله بعد الالتماس وقبل الاجابة والثاني انه يتبين حصوله عند الشروع
في اللفظ وهما بعيدان لانه تقديم للمسبب على السبب والثالث انه يحصل الملك مع اخر
اللفظ والعتق مرتب عليه والرابع انه يحصل مرتبا على اللفظ والعتق متاخر بلحظة والخامس
وهو اختيار القاضي ان الملك والعتق يترتبان على اللفظ معا واستبعد ذلك منه ونسب
الى الجمع بين المتضادين ولعله يعني انه جرى سبب الملك والعتق في حالة واحدة فيندفع
الملك في وقت جريان سببه ويكون ذلك في معنى الانقطاع ولهذا غور ذكرناه من قبل
وبالجملة فقد اختلفوا في ان كل حكم يترتب على لفظ فيكون مع اخر جز منه او متاخرا
مترتبا عليه ترتب الضد على زوال الضد والاصح انه مع اخر جز من اللفظ لان المعلول
ينبغي ان يكون مع العلة كما ذكرناه ٥ **الشرط الخامس النية** ولابد
منها لان الكفارات فيها مشابهة العبادات اذ نعم تصح من الذمي والمرتد اذا قلنا لا يزول ملكه
او تستثنى قدر الكفارة عن ملكه الزائل كما يستثنى قدر الدين ولا تصح النية منهما ولكن
تستقل بمشابهة الغرامات فان فيها شبه الغرامات اما صوم الكفارة فلا تصح منهما
لانه عبادة محضة كالزكوة فلذلك لا تتصور من كافر **فرع** لا يشترط تعيين
النية في الكفارات عندنا خلافا لابي حنيفة فلو كان عليه كفارات فيكفي ان ينوي

الاعتاق عن الكفاره لان تعين النيه عندنا لم يجب قصدا الى التقرب بالصفات المقصوده في العبادات المختلفه المراتب فمرتبه الظهر تغاير مرتبه الصبح وكذلك صوم رمضان يغاير صوم النذر ولا تفاوت في الكفارات كما لا تفاوت في زكوه اعيان الاموال فالاموال الاسباب الزكوه والجنايات اسباب الكفارات وهي متقاربه وقد طرد واهذا في الغلو الملتزم بالنذر مع الكفاره وان كان النذر قربه والكفاره بسبب جريمه ولكن لم يلتفت الى هذا نعم اذا اعتق في الكفاره واخطا لم يجزه فاذا كان عليه كفاره قتل فنوى الظهار لم تقع عن القتل وقد صرفه عنه وعليه الاعاده وهو كتعيين الامام في القدوه لا يشترط ولكن لو اخطا فسدت القدوه

الجمله الثانيه الصيام وفيه نظران الاول فيما يجوز العدول اليه ولا نعني عندنا بحر محقق عن الاعتاق بل يكفي ان يتعسر ذلك عليه لغرض معين معتد به فالذي لا يملك شيا الا يخفى امره اما ان يملك عبدا او مسكنا او مالا ففيه نظر فنقول ان كان زمنا وهو محتاج الى العبد لخدمته او كان منصبه يقتضي ان يخدم ولا يباشر الاعمال بنفسه فيجوز له الصوم عندنا خلافا لابي حنيفه ولو كان عبده نفيسا يمكن ابداله بعبدين يلزمه ذلك الا اذا كان قد الف العبد وانقضاه من زمان فانه يتعسر عليه الابدال فلا يلزمه وفيه وجه اخر انه يلزمه ذلك ولا يعتبر الالف اما المسكن فلا يباع الا اذا كان فاضلا عن مقدار حاجته لا تسع خطته وامكنه بيع بعضه فان كان نفيسا وامكن ابداله بمثليه فهو كالعبد النفيس المالوف لان الجلا عن المسكن المالوف اشد له فقد وجهان اما المال اذا ملك زايدا على المسكن و اللباس و الاثاث المحتاج اليه فيصرف الى العتق الا اذا كان راس ماله او ضيعه لو باعها لصار مسكينا تحل له سهم المساكين فالانتقال الى حاله المسكنه اشد من الانتقال من دار او عبد فقياس قول الاصحاب انه لا يكلف ذلك ويكاد هذا يخالف قوله تعالى فمن لم يجد ولكن توسع الاصحاب في هذا لان صوم شهرين يكاد يكون اشق من اعتاق عبد فليس بينهما كبير تفاوت وليس كذلك زكوه الفطر فانه يصرف اليه كل ما فضل عن قوت اليوم لانه اصل ويركن ابطال لا ابدال اما اذا كان له مال غايب فلا يجوز له الصوم لان الكفاره على التراخي فيمكن اداوها عنه بعد مونه بخلاف قضا الصلوه فانه يجوز بالتيمم مع توقع الما في ثاني الحال لان الموت متوقع في كل حال فان قيل فيعتبر اعساره عند الوجوب او الادا قلنا فيه ثلاثه اقوال احدها انه يعتبر حاله الوجوب تغليبا لمشابهه العقوبات فعلى هذا لو كان معسرا ثم ايسر

واعتق

فاعتق جاز بطريق الأولى وذكر صاحب التقريب وجها انه لا يجوز لان هذا الترتيب تعبد والا فالصوم اشق وهو بعيد اذ المعسر لو تكلف الاعتاق فلا معنى ان يمنع نعم ذكر وجهان في العبد اذا اعتق قبل الصوم وايسر انه هل يعتق لانه لم يكن اهلا لوجوب العتق في الابتدا وهذا منقدح **القول الثاني** انه يعتبر حالة الادا تشبيها بالعبادات اذ تعتبر القعود في الصلوة وفي التيمم حالة الادا وهذا مذهب ابي حنيفة وعلى هذا لو شرع في الصوم ثم ايسر لا ينقطع عليه لانه اذا شرع في البدل فقد استقر الامر كالمتيمم اذا وجد الما بعد الشروع في الصلوة وقال ابو حنيفة والمزني لا مبالاة بالشروع بل يستقر الامر بالفراغ لان وزان الشروع في الصوم الشروع في التيمم دون الصلوة وعندهما تنتقض الصلوة ايضا برؤية الما ومن اصحابنا من وافق المزني هاهنا فعلى هذا القول نقول الواجب الصوم بشرط ان يستمر الاعسار الى الفراغ **والقول الثالث** انه يعتبر اغلظ الحالين فاذا ايسر عند الادا او عند الوجوب لزم العتق احتياطا وعلى هذا لو كان معسرا في الطرفين وتخلل اليسار لم يؤثر فكان ما اقتضاه حالة الوجوب لا يغيره الا حالة الادا ه اما العبد فمعسر وكفارته بالصوم اما بالاطعام والعتق فيبنى على انه هل يملك بالتمليك في العتق اولى بان يمتنع عليه والصحيح انه لا يملك بالتمليك ثم ان العبد لا يصوم الا باذن السيد الا اذا حلف وحنث باذنه فان حلف باذنه وحنث بغير اذنه لم يصم وان حلف بغير اذنه وحنث باذنه فوجهان واما تعيين اذنه لان حق السيد على الفور والصوم على التراخي بخلاف رمضان واما من نصفه حر ونصفه عبد فهو كالاحرار في الكفارة وكالعبيد في الجمعة والشهادة والولاية وصدقة فطره تتوزع على الرق والحرية ه **الشطر الثاني** في حكم الصوم ه وفيه **مسايل** احداها انه يجب عليه تبييت النية ولا يجب عليه تعيين جهة الكفارة نعم ينوي صوم الكفارة وهل ينوي التتابع فيه وجهان فان قلنا ينوي يكفيه ذلك في الليلة الاولى ام يجددها كل ليلة فيه وجهان واذا مات لم يصم عنه وليه على الصحيح ه **الثانية** يصوم شهرين بالاهلة فان ابتدا في اثنا الشهر صام الثاني بالهلال وكمل الشهر الاول بثلثين يوما من الشهر الثالث خلافا لابي حنيفة ه **الثالثة** لا بد من التتابع في كفارة الظهار والوقاع والقتل فلو افسد اليوم الاخير او نسي النية فيه وجب استيناف الكل وهل يفسد ما مضى او ينقلب نفلا فيه وفي نظايره قولان اما اذا وطي المظاهر ليلا لم يفسد تتابعه ولكنه يعصي اذ التتابع قايم والتقديم على الوطي قد فات وقال ابو حنيفة يستانف ه **الرابعة** الحيض لا يقطع التتابع والمرض الذي يبيح مثله الافطار فيه قولان مشهوران احدهما انه لا يقطع لانه لا يزيد وصف السابع على وصف رمضان والثاني

انه يقطع لان تدارك التتابع هاهنا ممكن بخلاف صوم رمضان وفي السفر قولان مرتبان واولى بان تقطع لانه منوط بالاختيار ولو قيل انه لا ينقطع على بعد ولا بعد ان يجري فيما اذا نسي النيه ولا فابلية لانه معصير بالنسيان ولذلك يلزمه الامساك دون الحايض والمسافر اذا زال العذر عنهما

فرع لو اراد الحايض ان تفطر بعد الطهر تستانف شهرين فعليه اتمام الوصف القرب من اسم الفرضية من الصوم السابق فهذا فيه احتمال والاظهر جوازه لانه على التراخي وما مضى لا يفسد وكان هذه الفرضية موقوفه على الفراغ

الخصله الثالثه الاطعام ويعدل اليه العاجز عن الصوم بالهرم والمرض الذي يدوم شهرين وليس توقع الصحه بعده كتوقع رجوع المال الغايب بعد شهرين لان من له مال غايب سمي واجدا وهذا يسمى عاجزا في الحال وفي ايصال المسافر الى الاطعام تردد واما الشبق المفرط فالظاهر انه لا يرخص في العدول الى الاطعام وهو القياس وفيه وجه يستند الى حديث الاعرابي وقد ذكرنا اشكاله في الصوم والنظر بعد هذا في قدر المخرج وجنسه والمخرج اليه فالمسكين الذي يجوز صرف الزكوه اليه فلا يجوز عندنا ان يصرف الى مسكين واحد ستين مدا في ستين يوما خلافا لابي حنيفه بل لا بد من رعايه عدد المساكين لظاهر الايه واما الاخراج فهو التمليك والتسليط التام ولا يكفي التغديه والتعشيه بتقديم التمر الى المساكين

كتاب اللعان

واللعان عباره عن امايز يذكر اللعن فيها من نسب زوجته الى الزنا فيدرا الحد والنسب عن نفسه بمجرد يمينه وذلك رخصه لمسيس الحاجه الى صيانه الانساب وعسر اقامه البينه على زنا المراه وردا اولا في عويمر بن مالك العجلاني قذف زوجته بشريك بن السحما فقال النبي صلى الله عليه وسلم لتاتين باربعه شهدا او لاجلدن ظهرك فاغتم وقال ارجوا ان يبرى الله تعالى ماتي ظهري فنزل قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الايه ونظر الكتاب في قسمين القذف واللعان

القسم الاول في القذف وفيه بابان الباب الاول فيما يكون قذفا من كافه الحدود في موجبه وفيه فصلان

الفصل الاول في الفاظ القذف وهي ثلثه اقسام صريح وكنايه وتعريض اما الصريح فهو قوله يا زاني او زنيت او زنا فرجك وكذلك ذكر النيك وايلاج الفرج مع الوصف بالتحريم فهذا لا يقبل فيه تاويل اما الكنايه فكقوله للنبطي يا عربي وللعربي يا نبطي

معناه وصورته انا صاحب الخاتم لا يتطلب الحمض بل تقاله اسم الفرضيه واذا قطعته انقلب بعد العذر الفرضيه وغيرها ... الاوليه ... فانه نفلا ... الكلم ... من صوم ... على الاول

وان الحراج اما الحلس المخرج فهو كحركاه الفطر واما مقداره ستون مدا واما المخرج اليه فهو ستون مسكينا

فان اراد الزنا فهو قذف والا فلا لم اذا انكر اراده الزنا تو حجب عليه اليمين واما
نفي القذف با عترافه بالنيه اذ به تحصل الايذا التام و يجب الحد به و بين الله تعالى
اذا نوى وان انكر النيه كاذبا فهل يلزمه اظهار النيه فيه نظر من حيث ان فيه
ابدا فسعد الحاجه و تستر ذلك لكشف الاذى الا ان يرهق الله باليمين فلا انساح اولى صح
له اليمين الغموس فيلزمه الاعتراف ~~وقد قال الاصحاب فيلزمه الاعتراف~~
و قد قال الاصحاب يجب عليه الاظهار بكل حال كما لو قتل في خفيه فيلزمه
الاظهار و قد ذهب بعض العلماء الى انه لا قذف بالكنايه لان الايذا الاثم به
و اما التعريض فقوله يا ابن الحلال وكقوله اما انا فلست بزان فهذا ليس
بقذف وان نوى لان اللفظ ليس يشعر به و لقد جا رجل من فزاره الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال ان امراتي ولدت غلاما اسود معرضا بزناها فلم
يجعله رسول الله صلى الله عليه وسلم قاذفا و لكن قال هل لك ابل فقال نعم
فقال ما الوانها فقال حمر فقال فهل فيها اسود قال نعم قال فلم ذاك قال
لعل عرقا نزع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعل عرقا نزع وقال
مالك التعريض قذف والحديث حجه عليه و سر النظر في الالفاظ برسم مسايل
احداها اذا قال لامراه زنيت بك فهذا اقرار بالزنا و قذف للمراه فعليه
حدان و كان يحتمل ان لا يجعل قاذفا لاحتمال ان يفسر بانها كانت مستكرهه
ولم تكن مختاره ولكن جعل قاذفا اعتمادا على ما يقتضيه الظاهر ولو قال
لامراته ابتدايه فقالت زنيت بك راجعا فان ارادت الزنا قبل النكاح
سقط حد القذف عن الزوج ووجب عليها حدان حد الزنا وحد القذف للزوج المصدر صح
فان رجعت سقط عنها حد الزنا و لا يسقط حد القذف اذ الرجوع لا يسقط
حق الادمي و انما يسقط ~~حق الله تعالى~~ حدود الله تعالى و لو قال اردت نفي
الزنا كما يقول القائل سرقت فيقول المخاطب سرقت معك فيقبل قولها مع
اليمين و يكون لها طلب حد القذف من الزوج لان ذلك معتاد في الجواب
وقد اختلف اصحابنا فيما لو قال لي عليك الف فقال زنه انه هل يكون اقرارا
الثانيه لو قال يا زانيه فقالت انت ازنا مني فهو قاذف و ليست
هي مقره ولا قاذفه للزوج لانها لم تنسب نفسها زنا حتى يكون هو ازنا بكونه

ازناممنها ولا نقول ان الترجيح يوجب المشاركة في الاصل فان عادة المسامحة
لا تترك على وضع اللسان نعم لو قال فلان زان وانت ازنى منه فهو قذف للشخصين
جميعا ولو قال انت ازنى من فلان فليس بقذف وكذا لو قال انت ازنى من الناس
او ازنى الناس ولو قال في الناس زناة وانت ازنى منهم كان قاذفا ولا نقول انه
يعلم ان في الناس زناة وان لم يذكره التفت الى لفظه ولو قال انت ازنى من فلان وكان
قد ثبت زنا فلان بالبينة وكان القايل جاهلا لم يكن قاذفا وان كان عالما كان
قاذفا ولو قالت اردت انك زان ولست انا زانية فهي قاذفة فلكل واحد على صاحبه
حد ولا يتقاصان لان المقاصة في العقوبات مع تفاوت موقعها في النفوس
لا وجه له وقال ابو حنيفة يتقاصان . الثالثة اذا قال للرجل يا زانية
وللمراة يا زاني فهو قاذف عندنا خلافا لابي حنيفة في الصورة الاولى والسبب فيه
ان الاشارة تقدم على النحو والتذكير والتانيث ولا خلاف انه لو قال لرجل زنيت وللمراة
زنيت انه قاذف ولو قال زنات في الجبل وقال اردت الترقي فيه فليس بقاذف
ولو قال زنيت في الجبل وقال اردت الترقي فهل يقبل فيه وجهان ووجه القول الحذف
الهمزة قد يغلب على اللسان وقرينة ذكر الجبل قد تشهد له ونص الشافعي انه لو قال
يا زانية في الجبل انه قذف وقيل يفرق بين البصير بالعربية والجاهل والاصل حذف
الهمزة من الصورة . الرابعة اذا قال زنا فرجك فهو قذف ولو قال زنى
عينك او يدك او رجلك ففيه وجهان وظاهر ما نقله المزني انه قذف وهو فاسد
اذ قال صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان واليدان تزنيان ومن جعله قاذفا قال
ذكر صريح الزنا واضافه الى البعض ومن ضرورته الاضافة الى الكل ولو خرج
ذلك من كونه صريحا لكان قوله يا زاني غير صريح اذ له ان يفسر فيقول اردت الزنا
بالعين . الخامسة اذا قال لولده لست مني او لست ولدي ثم قال اردت
انك لست تشبهني خلقا او خلقا لم يكن قاذفا نص عليه ونص ان الاجنبي اذا قال
لست ولد فلان ان ذلك لا يقبل منه ويكون قاذفا فمنهم من قال قولان بالنقل والتخريج
واليه ميل المزني احدهما انه يقبل لعموم اللفظ عن ذكر الزنا واحتمال ما قاله .

والثاني لا لانه يفهم منه ذلك في العادة ومنهم من فرق بان الاب يحتمل منه ذلك
في محض التاديب دون الاجنبي والاقيس انه كناية في الموضعين جميعا اذ ربما نسبه
الى الوطي بالشبهة او بشعر ولادته على فراشه ثم اذا فسر بشي من ذلك فلا يخفى
كيفية فصل الخصومة في نفي الولد ولحوقه ○ **السادسة** اذا قال للولد
المنفي باللعان لست من الملاعن فان اراد به النفي الشرعي فليس بقاذف وان اراد
به تصديق الملاعن في نسبة الولد الى الزنا فهو قاذف ولو قال للقرشي لست من
قريش فان قال اردت به ان واحدة من امهاته في الجاهلية زنت فليس بقذف لانها
غير معينة وان قال واحد من اهل البلد زاني او الناس كلهم زناة فلا يكون قاذفا
ما لم يعين ○ **الفصل** الثاني في موجب القذف والقذف يوجب التعزير
الا اذا صادف محصنا فيوجب الحد ثمانين جلدة وخصال الاحصان التكليف والاسلام
والحرية والعفة عن الزنا الموجب للحد فان من سبق منه الزنا فكيف يصان عرضه مع
ان القاذف صادق نعم يعزر ○ واما الوطي الحرام الذي لا يوجب الحد لقيام ملك
او شبهة ملك فهل يبطل الاحصان فيه خلاف وله درجات فاذا وطي مملوكته
المحرمة من رضاع او نسب ففيه وجهان وفي الجارية المشتركة وفي جارية الابن وجهان
مرتبان واولى بان لا يبطل الاحصان وفي نص الشافعي اذا وطي في النكاح بلا ولي وجهان
واولى بان لا يبطل وفي الوطي بالشبهة وظن الزوجية وجهان مرتبان واولى بان لا يبطل
ووجه ابطاله ان ذلك يدل على قلة التحفظ ولو كان قد جرى صورة الفاحشة
في الصبي فوجهان مرتبان على الوطي بالشبهة واولى بان لا يبطل **اما** الوطي في الحيض
والصوم والاحرام فلا يبطل وفيه وجه بعيد انه يبطل ○ **اما** مقدمات الوقاع
من المس والقبلة فلا يسقط الاحصان ○ **فروع** الاول لو زنا المقذوف بعد
القذف وقبل الحد سقط ونص في الردة على انه لا يسقط وعلل ذلك بان الزنا لا يقع
هجوما بل تتقدمه في الغالب مراودات تقدح في المروة وهذا ضعيف لان المراودات
السابقة لا تبطل الاحصان ولا يمكن ان يقال الزنا لا يقع هجوما فانه لا بد ان يكون له
اول فالردة ايضا لا تخلو عن تقدم مراودات بل السبب ان من سبق زناه في الحال
بعد ان يحلم ظهر عثره لضمانه عرضه وهو قد هتك عرضه بحال والمرتد

اذا عاد فان العرض قائم وقد كان الاسلام موجودا عند القذف وقال المزني لا يسقط
بطريان الزنا كما لا يسقط بطريان الردة وقيل هو قول قديم للشافعي **الثاني** من زنا
مرة في عمره ثم عاد وحسنت حالته قال القاضي لا حد على قاذفه لبطلان احصانه
فان اسم الزاني لا يسقط عنه وهذا بعيد فيما اذا صرح بقذفه بزنا جديد ولكن العرض
اذا انخرم بالزنا فلا يزايله الخلل بالعفة بعده **الثالث** لو اقام القاذف بينة
على زنا المقذوف سقط عنه الحد وتكفيه لذلك شاهدان ولو عجز وطلب يمين المقذوف
على انه ما زنا ففيه قولان احدهما لا يحلف لان ظاهره الاحصان ولا عهد باليمين على نفي الكبائر
والثاني نعم لانه لو اقر به لسقط عنه الحد فليحلف او لينكل حتى يحلف القاذف ٥
الرابع لو مات المقذوف قبل استيفاء حد القذف ثبت الحد او التعزير لوارثه
لان الغالب عندنا في حد القذف الادميين وقال ابو حنيفة لا يورث واعترف بانه لو
قذف ميتا فلوارثه طلب الحد ابتدا ولو قذف مورثه فمات المورث سقط الحد
لانه صار شريكا في استحقاق الحد على نفسه ثم فيمن يرث ثلثة اوجه احدها انه
يورث على فرايض الله عز وجل والثاني انه يختص بالنسب اذ لا مدخل للزوج في حماية
العرض ودفع العار والثالث انه يختص بالعصبات من النسب الذين لهم ولاية التزويج
لدفع العار وعلى هذا لا يستحق الابن ومنهم من قال يستحق لانه اقوى العصبات في الميراث
ولو عفا احد الورثة سقط الكل على وجه لانه لا يتجزى ولم يسقط على وجه لانه
يستحيل ان يبطل حق الباقين من غير بدل بخلاف القصاص الذي له بدل والثالث انه
يورع فيسقط نصيبه ٥ **الخامس** اذا قذف المجنون بزنا قبل الجنون فالحد يجب
ويصبر الى افاقته وليس للولي الاستيفاء لانه متعلق بتشفي الغيظ ولو مات ثبت
لوارثه ولو قذف مملوك فحق طلب التعزير له لا لسيده لانه من خواص حقوقه بل لو قذفه
سيده استحق العبد تعزيره على المذهب الظاهر ومنهم من قال يقال له لا تعد فان عاد
يعزر كما يعزر اذا زاد في استخدامه على الحد الواجب ولو مات العبد بعد استحقاق
التعزير على غير سيده فهل يستوفيه السيد فيه وجهان ووجهه انه اولى الناس
به الا انه لا قرابة ٥ **الباب الثاني في قذف**

الازواج خاصه وفيه فصول الفصل الاول فيما يبيح القذف واللعان او يوجبه
واعلم ان قذف الزوج في ايجاب الحد والتعزير كقذف الاجانب ولكن يفارق الاجانب
في امرين احدهما انه قد يباح له القذف وقد يجب عليه لضروره نفي النسب
والثاني ان العقوبه التي توجه عليه من حد وتعزير تندفع باللعان والثالث ان المراه
تتعرض لحد الزنا بلعانه الا اذا دفعت عن نفسها باللعان لقوله تعالى ويدرا عنها العذاب
ان تشهد الايه واما ما يبيح له القذف اذا استيقن انها زنت او غلب على ظنه ذلك
ولكن اذا لم يكن ولد فالاولى ان يطلقها ولا يقذف ولا يلاعن ولكن لو فعل لم ياثم وهذا
فيه غموض ولكن كان القذف واللعان كالانتقام منها اذ لطخت فراشه ثم يحصل
غلبه الظن بقول عدل انه يحكي مشاهده الزنا او يحصل منهما استفاضه من الناس
ان فلانا يزني بها وراى مع ذلك مخيله بان راها معه في خلوه فان تجرد احد
المعنيين من الاخر لم تحل له ذلك لان الخلوه مره لا تدل على الزنا نعم لو راها معه
تحت شعار على نعت مكروه حل له القذف وان كان لا تحل له الشهاده بهذا القدر
وان راهما في الخلوه مرارا متكرره فهذا قريب من المره الواحده اذا انضم اليه الشيوع
فان مستند اهل الاستفاضه هو مشاهده ذلك مرارا اما نفي الولد باللعان
انما يجوز بينه وبين الله تعالى اذا استيقن ان الولد ليس منه بان لم يكن وطئها او كان يعزل
قطعا او اتت به قبل سته اشهر من وقت الوطي او لاكثر من اربع سنين من وقت الوطي صح وقال مالك لا مبالاه بالعزل
وليس له اللعان اذا اعترف بالوطي وامكن احاله الولد عليه نعم اما اذا
استبراها بحيضه بعد الوطي ثم اتت بولد فهذا هل يبيح له النفي فيه ثلاثه اوجه
احدها نعم لان ذلك اماره من غيره على النفي ولذلك تدفع النسب عن البايع
والثاني انه ان ظهر مع ذلك اماره الزنا جاز والا فلا يجوز لان الحيض ليس بقاطع
فالحامل قد تحيض والثالث انه يجوز ولكن حيث يجوز النفي يجب لان السكوت على الحاق
الباطل حرام اذ النسب يتعلق به احكام كثيره لكن ها هنا وان جاز فلا يجب قال
الامام لا يبعد ان لا يوجب اللعان لانه افتضاح وقدح في المروه فيقول انما يحرم
الاستلحاق كاذبا اما اذا الحق الفراش به وهو ساكت فلا يبعد ان لا يحرم

السكوت وهذا غير منقدح في صورة النفي لان امر النسب عظيم ولا ينقضي عليه بالرسوم والمروات والاخلاق انه لا يحل النفي بمجرد مشابهة الولد لغيره في الخلق والخلق ولمخالفته للوالد في الحسن والقبح نعم لو كان الاب في غاية البياض والولد في غاية السواد او على العكس ذكر العراقيون وجهين وهذا منقدح ان كان مع ذلك تظهر مخيلة الزنا فاما بمجرد ذلك فلا فلعل عرقا قد نزع وابو حنيفة حيث يلحق ولد المشرقية بالمغربي ولا شك في انه يبيح القذف ويحرمه عند امكان العلوق بالوطي ويحل لا يلحق النسب الا بعد ستة اشهر من وقت امكان الوطي **فرع** اذا اتت بولد لزمان الامكان ولكن الزوج راها تزني واحتمل ان يكون من الزنا فلو قذف ولاعن انتفا في الظاهر بدليل قصة العجلاني ولكن لا يباح له ذلك مع تعارض الاحتمال ثم قال الاصحاب يستزله القذف واللعان ان ترك نفي النسب وقد صرحوا بجواز العدول اذ لم يكن بمجرد الانتقام من الزنا وهذا محتمل وغايته تعليله انه اذا كان ثم ولد ولم يجز نفيه فنسبتها الى الزنا يعير الولد وتطول الالسنة في نسبه ولا يقاوم هذا العرض غرض التشفي فليقتصر على طلاقها ان اراد نظرا للولد الذي لحقه

الفصل الثاني في اركان اللعان ومجاريه وللعان سبب وهو القذف وثمرة واهل اعني الملاعن فهذه ثلاثة اركان سوى الفاظه **الركن الاول** الثمرة وثمرته اربعة نفي النسب او قطع النكاح او دفع عقوبة القذف او دفع عار الكذب في القذف اما نفي النسب في النكاح ان تجرد جاز اللعان لاجله وان لم يكن عقوبة بعفوها مثلا وكذلك ان لم يكن قطع نكاح بان كان قذفا بائنها ولو تجرد غرض الدفع للعقوبة ولم يكن ولد ولا قطع نكاح جاز اللعان كما لو قذفها وابانها ولم يكن ولد ولا فرق بين ان يكون العقوبة حدا او تعزيرا بان يكون الزوجة امة او ذمية او غير محصنة على الجملة وفيه وجه بعيد ان اللعان لدفع التعزير غير جائز وهو ضعيف فانه عقوبة محذورة وقد ينتهي الى قريب

ولد ثم يجز نفيه

ولد ثم

من الحد وهذا اذا كان التعزير لتكذيبه فيكون له غرض في تصديق
نفسه وفي دفع العقوبة فيجتمع الغرضان فان كان تعزير تاديب لا تعزير
تكذيب مثل ان نسبها الى الزنا واقام البينة عليه من قبل او اعترفت به
فهو ذب لا بد انه يحد بذكر الفاحشة عليها فعند نقل المزني ها هنا انها
ان طلبت ذلك عزر ولم يلاعن ونقل الربيع انه يعزر ان لم يلاعن فمنهم من قطع
بانه يلاعن وغلط المزني ومنهم من قطع بانه لا يلاعن وغلط الربيع ومنهم
من قال قولان والاصح انه لا يلتعن لان اللعان حجة تصديق فكيف يقام لمن ثبت صدقه
وانما اندفاع العقوبة تابع لظهور صدقه باللعان وهذا معروف فلا يراد
اللعان وضوحاه فرعان احدهما ان طلبت العقوبة اليها لا الى السلطان
فان عفت فهل يلاعن اذا لم يكن غرض اخر من نسب يدفع فيه وجهان احدهما
نعم لان دفع عار الكذب مقصود ايضا وافتضاحها ايضا للانتقام منها مقصود
باللعان المويد للحرمة فله اقامة الحجة وانما يندفع هذا باعترافها لا بعفوها
والثاني انه لا يلاعن لان هذا غرض ضعيف واللعان حجة ضرورة فلا بد من غرض
مهم كدفع النسب او العقوبة واما قطع النكاح فممكن بالطلاق اما اذا
سكتت عن الطلب فوجهان مرتبان واولى بجواز اللعان لانه في عرضة الطلب وهذا في العموم
الخلاف يرجع الى ان طلب العقوبة هل هو شرط اللعان اذا لم يكن ثم غرض من نفي
نسب او قطع نكاح وان كانت مجنونة فوجهان مرتبان على العفو واولى بالجواز
الثاني اذا قال زنى بك ممسوح او قال للرتقا زنيت فهو كلام محال وليس
فيه الا التعزير للتاديب ولا يسلك الى اللعان اذ كيف يمكن من ان يحلف على
ما يعلم انه كاذب فيه وذكر العراقيون وجهين كما في تعزير التاديب وهو بعيد
الركن الثاني الملاعن وشرطه اهلية اليمين مع الزوجية اما اهلية اليمين
فنعني به انه لا يشترط اهلية الشهادة فيصح لعان العبد والذمي والمحدود
في القذف خلافا لابي حنيفة ثم الذمي لا يجبر على اللعان الا اذا رضي بحكمنا

٢٢٩

فان طلبت المراة اللعان فامتنع فهل تحد فيه قولان تجري في كل خصومه تجري بين اهل الذمة ترضى بحكمنا احد الخصمين اما اذا لاعن وامتنعت ولم ترض بحكمنا لم نجبرها على اللعان ولا على الحد فان الحد حق الله تعالى لا حق الزوج فلا غرض للزوج في لعانها وهكذا لو قذف المسلم زوجته الذميه وامتنعت فلا نجبرها وانما عليها حد الزنا وهو حق الله تعالى لا حق الزوج نعم المسلمه اذا امتنعت من اللعان ولم يطلب الزوج لعانها عرضنا ها لحد الزنا حتى تلاعن ان شات للدفع ومن المحاسن ما جرى القولين في اجبار المراة الذميه وهو بعيد الشرط الثاني الزوجيه فلو قذف الاجنبي فلا يلاعن والنظر في نكاح صحيح ضعف بالطلاق او الرده وفي النكاح الفاسد اما الرجعيه فيلاعن عنها ولا نتوقف على الرجعه خلاف الايلا والظهار لان المقصود من اللعان نفي النسب في التحريم المؤبد ودفع الحد وكل ذلك لا ينافيه حال الرجعيه اما اذا ارتد بعد المسيس وقذف او كان قذفه قبل الرده فان لاعن في الرده ثم عاد الى الاسلام صح لعانه كما يصح لعان الذمي وان اصر تبين فساد لعانه وعند ذلك هل يقضي بوجوب الحد مع جريان لعان فاسد فيه وجهان سنذكر ماخذهما اما اذا نكح نكاحا فاسدا او وطي بالشبهه ثم قذف فان كان ثم نسب يعرض اللحوق واراد نفيه فيلاعن وسندفع الحد لان اللعان عندنا يستقل لمقصود النكاح اونفي النسب خلافا لابي حنيفه وان لم يكن نسب فهو كالاجنبي فلا يلاعن وعليه الحد فان ظن صحه النكاح ولاعن عند القاضي ثم بان فساده فهل يندفع العقوبه فيه وجهان كما في المرتد المصر احدهما لا لان اللعان فاسد والثاني نعم لان الحد يندفع بالشبهه وهذه حجه قامت على ظن الصحه في مجلس القاضي ثم مهما جرى اللعان في النكاح الفاسد فهل تتعلق الحرمه المؤبده به خلاف ما خذه انه لم تتعلق حرمتها وكان التابيد تابع للحرمه وقد كانت هي محرمه وكذلك في لعانها خلاف يرجع حاصله الى انها هل تتعرض للحد بسبب لعانه فمنهم من قال نعم لقيام حجه صحيحه على زناها ومنهم من قال لا لان ايجاب الحد عليها تعدي عن القياس فيختص بمقصود الاسقام

مطلع

من مطلع الفراش ولا يجرى الا في نكاح صحيح اما اذا قذف في نكاح صحيح ثم ابانها فله ان
يلاعن لدرء النسب ان كان او لدفع العقوبة لانه جرى القذف حيث كان معذورا
وكان يجوز له اللعان فلا يسقط بما يطرى بعد ذلك اما اذا قذفها في النكاح بزنا قبل
النكاح فان لم يكن نسب ينفيه باللعان لم يلاعن وان كان فوجهان ووجه المنع انه قصر
اذ ذكر التاريخ فكان ينبغي ان يقتصر على القذف واللعان اما اذا قذف بعد البينونة
فان كان ثم ولد فله اللعان والا فلا فانه قذف اجنبية وفيه وجه انه اذا اضاف
الزنا الى حالة النكاح لاعن وهذا لا وجه له ٥ فروع الاول اذا قذفها ولاعن
ثم قذفها فلا لعان لانه قذف بعد البينونة واما الحد فسقط فان قذفها بذلك
الزنا الذي لاعن عليه فلا حد ولكن يلزمه التعزير للايذا ولو قذفها بزنية اخرى
فقولان احدهما وجوب الحد كما اذا لم يتقدم لعان والثاني لا لانه سقط حصانتها
في حقه بحجة اللعان ومن اصحابنا من قطع بالوجوب وقال اللعان حجة ضرورة وهو
حجة قاصرة كيف وقد عارضه لعانها فتساقطا فلا وجه لاسقاط الحصانة — لا تبطل الحصانة
نعم اذا حدت ولم تلاعن فيه وجهان مشهوران اما اذا قذفها بزنا منسوب الى ما قبل — حدت
اللعان سوى الزنا الذي لاعن عنه فقد صادف حالة الحصانة فالظاهر انه يحد
وفيه وجه ان انخرام الحصانة ينعطف حكمه على ما سبق فلا يحد في الحال وهي غير
محصنة في حقه اما اذا كان القذف من اجنبي فهو اولى بالتزام الحد لان تستر به حكم
اللعان الى غير الزوجين ابعد ٥ الثاني اذا قذف اجنبية ثم نكحها ثم قذفها فهل يتعدد
الحد مع اتحاد المقذوف قولان فان قلنا يتعدد فان لم يلاعن استوفي الحدان وان لاعن
استوفي احدهما فان قلنا الحد متحد فيستوفي حد واحد وان لاعن فان الحد الاول لا يؤثر
فيه اللعان وانما يندرج تحت الحد الثاني اذا استوفي ٥ الثالث المذهب الصحيح ان
النسب في ملك اليمين لا ينفى باللعان لان اللعان ورد في النكاح فلو اشترى زوجته الرقيقة
فاتت بولد لزمان لا يحتمل ان يكون من ملك اليمين فله النفي باللعان كما بعد البينونة بالطلاق
وان احتمل من النكاح وملك اليمين جميعا لم يلاعن لان الفراش الاخر يقطع الفراش الاول
وينسخه ولذلك اذا نكحت زوجا اخر واتت بولد لزمان يحتمل العلوق من الاول والثاني الحق — اي بزعمه
بالثاني قطعا حتى فرع ابن الحداد على هذا وقال لو ادعى المشتري الاستبرا بعد الوطي

لم يلحقه الولد بملك اليمين للاستبرا ولا بملك النكاح لانقطاع ذلك الفراش بفراش ملك
اليمين وعليه جماهير الاصحاب وفيه وجه انه يلحقه فان ملك اليمين لا يقطع حكم فراش
النكاح من كل وجه ٥ **الركن الثالث** القذف والقذف المسلط على اللعان
نسبتها الى الوطي الحرام كالزنا ولو نسبها الى زنا هي مستكرهة فيه والواطي زان فوجهان
احدهما انه يجري لنفي النسب والثاني لا لان القذف مخصوص في كتاب الله تعالى بالرمي
الذي يحتاج فيه الى الشهادة وهو الزنا ولان اللعان انتقام منها وافتضاح والمستكرهة
لا تستحق ذلك ولو نسبها الى وطي شبهة تشمل الشبهة الجانبين فوجهان مرتبان واولى
بان لا يجري وقطع العراقيون بانه لا يجري لان الولد يمكن ان يلحق بالواطي بالشبهة فيدور
نسبها ويعرض على القايف فلعله يلحقه به واما اللعان لنفي ولد لا يكون له نسب
وهذا انما يتجه اذا اعترف الواطي بالشبهة بالوطي فان لم يعترف فلا بد من تجويز اللعان
لاجل النسب اما اذا قال الولد ليس مني ولم يضف الى جهة ففيه تردد لانه دائر بين
المستكرهة وبين الشبهة وبين الزنا ولا يشترط في القذف ان يقول رايتها تزني ولا ان يدعي
الاستبرا خلافا لمالك **الفصل الثاني** في فروع متفرقة وهي خمسة
الاول اذا قذفها باجنبي تعرض لحد الاجنبي فان لاعن سقط عنه عند الشافعي لانه
اقام حجة على عين تلك الزنية فصدق من وجه والحد يسقط بالشبهة وقال ابو حنيفة اثر
اللعان مقصور على الزوجين ولا يتعدى الى الاجنبي وهذا اذا ذكره في اللعان فان لم يذكره
في اللعان فقولان احدهما السقوط للشبهة ولقصة العجلاني فانه لم يذكر شريك بن السحما
في اللعان وذكره في القذف والثاني يحد وهو القياس لانه لم تقم عليه حجة واما ابن السحما
فلعله لم يطالب وتشاغل هذا نظر وهو انه صلى الله عليه وسلم لم ينبه ابن السحما على
ثبوت حد القذف له وذكر صاحب التقريب وجهين في ان من قذف عند القاضي فهل على القاضي
ان ينبه المقذوف احدهما لا لقصة شريك بن السحما والثاني نعم لقصة العسيف
اذ قال واغد يا انيس على امراة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يكن الغرض اقرارها
للرجم بل انكارها لطلب حد القذف ٥ الثاني اذا قذف نسوة بكلمة واحدة ففي تعدد
الحد قولان فان قذف امراته واجنبية بكلمة فقولان مرتبان واولى بالتعدد لاختلافهما
حكمهما في اللعان ولو قال لزوجته يا زانية بنت الزانية فقد قذفها

هل يجري لعان

وأمّها بكلمتين فعليه حدّان وهل يتقدّم حدّ المقذوفة الأولى فيه وجهان أحدهما
نعم كما لو قتل شخصين والثاني لا كما لو أتلف مال شخصين فإن قلنا يتقدّم ففي مسألتنا
المقدّم البنت فيقدّم بالحدّ واللعان وقيل إن الأم هاهنا تقدّم لأن حق البنت يعرض
السقوط باللعان دون الأم ثم مهما حدّ لواحدة أمهلناه حتى يبرأ جلده
ولا يوالي بين الحدود ولو قذف أربع نسوة بكلمة واحدة وقلنا يتحد الحد ففي تعدد
اللعان وجهان نظرًا في أحدهما إلى اتحاد الصيغة والملاعن وفي الثاني إلى تعدد النسوة
مع أن هذه حجة تتعدى الى الغير إلى آخر فإن قلنا يتحد اللعان فذلك يقع إذا توافقن في
الطلب أو قلنا لا يشترط طلبهن للعان فإن طلبت واحدة وقلنا يشترط طلبها
فلا بد من اللعان عنه ثم يستأنف لعانًا للباقيات وحيث قلنا يتعدد فلو رضين
بلعان واحد فلا أثر لرضاهن وكذلك لو رضي جماعة من المدعين بيمين واحدة لم يؤثر
ذلك في وضع الحجج أما إذا قذف امرأة واحدة مرتين بزنيين ففي تعدد الحد تغيير صح
واللعان أيضًا خلاف لاتحاد المقذوف وتعدد الصيغة **الثالث**
إذا ادعت عليه القذف فأنكر فأقامت البينة فأراد اللعان فإن كان قد
أنكر بالسكوت أو قال أردت بالإنكار أنه لم يكن قذفًا باطلًا بل كان حقًا فله اللعان
وإن لم يأوّل إنكاره فوجهان أحدهما لا لأنه أنكر القذف ولا لعان إلا بقذف يأوّل
فليستأنف قذفًا إن أراد ويستفيد به درء القذف الذي ثبت بالبينة أيضًا
والثاني أنه يلاعن وإنكاره محمول على المعتاد في الخصومات كما لو ادعى
عليه ملك فقال اشتريته من زيد وكان يملكه فانتزع من يده بالبينة فرجع
على زيد بالثمن ولا يؤاخذ بإقراره له بالملك أما إذا قال ما قذفتك وما زنيت
فلا يلاعن إلا إذا أنشأ قذفًا بزنا يحتمل أن يكون قد طرأ بعد شهادته لها بالبراءة
وإن لم يحتمل فلا يلاعن وأطلق القاضي القول بجواز اللعان **الرابع** إذا امتنع الزوج
عن اللعان أو الزوجة فعرّضناهما للحد فرجعا إلى اللعان مكّناهما من ذلك
وليس هذا كاليمين لا يجوز له الرجوع إليها بعد النكول بل يلتحق اللعان
بالبينة في هذا المعنى ولو قال بعد أن حُدّ الأعو فالالعان لم يُمكّن لأنه

لا فايده قال القفال اركان ثم ولد يمكن منه والا فلا ان الحا مساذا
قال زنيت وانت مجنونه او امه او مشركه وعهد تلك الحال لها فلا يجب
الا التعزير وكان كما لو اضاف الى الصغر وان لم يعهد ولم تقم الزوج عليه
بينه سقطت الاضافه وعليه الحد وفيه وجه انه لا يحد لانه اذا انتفا
تلك الحال انتفا المضاف اليها ولو قال زنيت مستكرهه فلا حد وفي التعزير خلاف
لان ذلك يعيرها وان لم ينسبها الى معصيه ثم الصحيح انه يلاعن لدفع التعزير
كما يلاعن لدفع الحد الركن الرابع في صيغه اللعان والنظر في
اصله وتغليظاته وسننه النظر الاول في اصل كلماته وهو ان
يقول الزوج اربع مرات اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا وان
هذا الولد من الزنا وليس مني ان كان ثم ولد ويقول في الخامسه لعنه الله علي
ان كنت من الكاذبين فيما رميتها به وتقابله المراه فتشهد اربع مرات بالله انه
لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا وتقول في الخامسه غضب الله علي ان كان
من الصادقين فيما رماني به ويجب على الزوج اعاده نفي الولد في كل شهاده فان تركها
لم يحتسب ولا يجب على المراه اعاده امر الولد اذ لا يتعلق اثباته بلعانها ولا تقوم
مره مقام الكل خلافا لابي حنيفه والصحيح انه يتعين لفظ الشهاده
معظم الكلمات عندنا
ولا يجوز ابدالها بالحلف وانه يتعين لفظ اللعن والغضب من الجانبين ويجب رعايه الترتيب
بتاخير اللعن والغضب ويجب الموالاه بين الكلمات وكذلك يميل الى التعبد بخروج
الامر عن القياس وفيه وجه انه يجوز ابدال الشهاده بالقسم وابدال اللعن بالغضب وكذا
عكسه وان الترتيب والموالاه لا يشترط وكذلك تشوف الى اتباع المعنى
فروع ثلثه الاول يصح عند الشافعي لعان الاخرس وقذفه خلافا لابي حنيفه
مع ان الاصح انه لا يقبل شهادته ولكن تغلب مشابهه اليمين في اللعان ولكن لا يمكن فهم
اللعن والغضب منه وهو تعبد لفظي فالطريق ان يكلف الكتبه مع الاشاره
او قدر ان يقول له ناطق لعنه الله عليك ان كان كذا فيقول نعم اما اذا اعتقل

لسانه بعد القذف وقال اهل الصنعه انه يستنطق على قرب امهلناه كذلك قال الشافعي ومن الاصحاب من قال الامر في مهلته على ثلثه ايام اذ تاخير حد القذف اضرار بالمقذوف ومهما لاعن بالاشاره ثم انطلق لسانه فقال لم ارد قذفا ولا لعانا لم يقبل الثاني الاعجمي العاجز عن العربيه يلقن معنى اللعن والغضب بلسانه كما في كلمة التكبير والنكاح ثم القاضي ينصب ترجمانا ولا بد من العدد لانه في حكم شهاده وهل يكتفي باثنين او لا بد من اربعه لما فيه من اثبات زنا فيه خلاف

الثالث لو مات الزوج في اثنا كلمات اللعان لم ينقطع النكاح ولحق النسب ولم تقم الورثه مقامه في اللعان اصلا وان ماتت في حال لعانه استكمل الزوج ان كان ثم ولد وان لم يكن فلا حاجه الى لعانه ان قلنا الزوج يرث حد القذف وتتضمن سقوط نعصه سقوط

النظر الثاني في التغليظات وهي بالزمان والمكان والجمع اما الزمان فان يؤخر الى بعد العصر فانه وقت شريف وان لم يكن طلب حثيث فالى العصر من يوم الجمعه اما المكان فان يلاعن في اشرف المواضع وهو بمكه بين الركن والمقام وبالمدينه عند المنبر والقبر وفي القدس عند الصخره وفي سائر البلاد في مقصوره الجوامع ويلاعن الذمي في اشرف موضع عندهم من بيعه وكنيسه سوى بيوت الاصنام فلا ناتيها اصلا وفي بيوت النيران للمجوس خلاف والظاهر ان الزنديق يغلظ عليه ليناله شومه وان لم يعتقده والحايض تلاعن على باب المسجد واعترض المزني وقال جوز للمشركه اللعان في المسجد وربما تكون حايضا واختلفوا في المشرك الجنب فمنهم من قال لا يواخذون بتفصيل شرعنا في الاحكام وان كانوا يواخذون عند الله تعالى اما الجمع فلا بد من حضور جماعه لقوله تعالى وليشهد عذابهما طايفه من المومنين ولا ينبغي ان ينقصوا عن عدد شهاده الزنا والتغليظ بالمكان مستحب او مستحق فيه قولان وفي التغليظ بالزمان والجمع طريقان منهم من قال قولان ومنهم من قطع بالاستحباب اما جريان ذلك في مجلس الحكم فشرط قطعا فلو تلاعنا في البيت لم يصح الا عند المحكم على قول جواز التحكيم في العقوبات النظر الثالث في السنن وهي يلقن الاولى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر العجلاني وزوجته على المنبر فقيل

لاعن

(margin notes:) بلا نغير · وما ذكره من حكم المسجد يلاعن في المسجد · بحضرة الحاكم · بلغ سماعا

كان المحال على المنبر ولعله الا اليق بالشهرة وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
على المنبر فعلى هذا ينبغي للقاضي طلوع المنبر الثانية ان يعهد بكل واحد من الزوجين
ويخوفهما بالله تعالى فلعلهما يتصادقان فيقول للرجل ما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم
ايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله عنه وفضحه على رؤس الاولين والاخرين
ويروي للمراة قوله صلى الله عليه وسلم ايما امراة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست
من الله تعالى في شي ولن يدخلها الله تعالى جنته وحديث المعراج انه صلى الله عليه وسلم
من نسوة معلقات بثديهن فقال جبريل عليه السلام هن اللاتي الحقن بازواجهن من ليس
منهم ياكل ميراثهم وينظر الى عوراتهم الثالثة ان ياتي الرجل عند الخامسة
رجل من ورائه فيضع يده على فيه ويقول صاحب المجلس للملاعن اتق الله فانها موجبة
والمراة يأتيها امراة من ورائها الشطر الرابع في جوامع احكام اللعان
وحكم الولد خاصة اما احكام اللعان فخمسة وقوع الفرقة وتابيد الحرمة
وسقوط حد القذف وانتفا النسب ووجوب حد الزنا عليها وجملة ذلك يتعلق
بلعان الزوج ولا يتعلق بلعانها الا سقوط الحد عنها وقال ابو حنيفة الفرقة
تتعلق بلعانهما وقضا القاضي وقال مالك يتعلق بلعانها ولا يجب الحد عليها بلعانه
عند ابي حنيفة ولا يتابد الحرمة عنده بل يحل له نكاحها مهما اكذب نفسه او خرج
عن اهلية الشهادة بان يخرس او يحد في القذف ثم اختلف اصحابنا في ان هذه الحرمة
هل تشمل ملك اليمين وهل يتعلق باللعان في النكاح الفاسد وبعد البينونة اما حكم
الولد وانتفاؤه ولحوقه فيعتد بلانه فصول الاول فيمن يلحقه النسب
وهو كل من يمكن ان يولد له والنظر في الصبي والمجبوب والخصي اما الصبي فامكان
العلوق منه بعد كمال السنة العاشرة فيلحقه الولد ان اتت به زوجته لستة
اشهر بعد السنة العاشرة وقيل يمكن العلوق في اثنا العاشرة فيلحقه الولد
بعد العاشرة ومهما اثبتنا مثل الامكان لم يفتقر نفيه الى اللعان اذ لا يلحقه
ومهما لحقه فقال الاعر وانا بالغ يمكن منه ولو قال انا صبي والاعر لم يمكن ولو قال
كذبت انا بالغ فالاعر يمكن منه لان الصبي لا يتوقف الا بقوله اما المجبوب

الذكر الباقي والانثيين فالولد يلحقه لبقاء وعيه المني فيحتمل الزراق
المني ويحتمل استدخال مايه اما الممسوح الانثيين الباقي ذكره فقطع
المحققون بلحوق الولد لبقاء الاله وقال الفوراني يراجع فيه اهل الخبرة
واما الممسوح ذكره وانثياه ففيه وجهان اظهرهما انه لا يلحقه الولد
اذ التجربة تدل على استحالة العلوق منه وحيث قضينا بانه لا امكان فلا حاجة
الى اللعان **الفصل الثاني** في احوال الولد وله ثلثة احوال الاولى
ان يكون حملا وهل يجوز نفيه باللعان قبل الانفصال فيه وجهان احدهما لا لان
الحمل لا يتيقن ولعله ريح تنفش والثاني نعم لانه يظن ظنا غالبا وفي التاخير
خطر موت الزوج ولحوق النسب وهذا بعد البسوله اما في صلب
النكاح فالصحيح انه يلاعن لان العجلاني لاعن على الحمل ولان اللعان دون الولد
لمجرد قطع النكاح جاير وقيل يطرد الوجهين ولا وجه له وقد بنى الاصحاب
القولين على ان الحمل هل يعرف يقينا وهو ضعيف بل الصحيح انه لا يعرف يقينا ولكن
الاحكام منها ما نيط بالظن ومنها ما نيط بالسبب ومنها ما يتردد فيه فلاجل ذلك
اختلف قول الشافعي في بعض المسايل لا لتردده في ان الحمل لا يعرف **الحالة**
الثانية ان يكونا توامين من حمل واحد فلا يتبعض نفيهما فان اقتصر على نفي
احدهما لم ينتف للحوق الثاني ولو نفاهما واستلحق احدهما لحقه الثاني
ولو نفا الحمل فاتت بتوامين انتفيا ولو اتت بولد في النكاح فلاعن فاتت بثان
لاكثر من ستة اشهر لحقه الثاني دون الاول لانه من بطن اخر ويحتمل العلوق
بعد الانفصال الاول وقبل اللعان ولو نفى الحمل فاتت بولد ثم اتت باخر لاكثر من ستة
اشهر ~~لحقه الثاني~~ انتفى من غير لعان لانه لا يحتمل العلوق به في صلب النكاح
فرع ان الحد هما انه مهما اراد ان ينفي اولادا عدة تكفيه لعان واحد
ولا يحتاج كل ولد الى لعان **الثالثة** اذا اتوا من المنفيين اخوان من الام وهل يتوارثان
باخوة الاب فيه وجهان احدهما لا لان اللعان ابطل الابوة والثاني نعم لان اللعان

قولان رح

القولين مع

لاكثر
لا يحتمل العلوق

اثره قاصر على الملاعن الحالة الثالثه ان يموت الولد فله ان يلاعن لان الموت
لا يقطع النسب وقال ابو حنيفه رضي الله عنه ليس له ذلك الا اذا كان الولد حيا
ثم عندنا مهما استلحقه بعد اللعان لحقه فلو نفاه فلما مات استلحقه ليحوز ميراثه
لحقه وورثه مع التهمه لان الاصل هو النسب ويلحق بحكم قوله والميراث تابع
وكذلك لو نفاه بعد الموت فلما قسم ميراثه عاد واستلحقه فالظاهر انه يلحقه
ويسترد نصيبه من الميراث نظرا الى ثبوت النسب وفيه وجه انه اذا اسقط
الميراث لم يرجع اليه في الفصل الثالث فيما يسقط حق النفي
والصحيح انه على الفور لانه في حكم ضرار يدفع بعد معرفته فلا وجه للتاخير
وفيه قول اخر انه يمهل ثلث ما يتروى فان الامر فيه خطير ولعله يقدر بثلاثه
ايام وحكي قول ثالث انه لا يسقط الا بالاستلحاق وهذا بعيد التفريع
على انه على الفور فعلى هذا لا يعذر الا اذا لم يحصل له حقيقه المعرفه فلو صبر
حتى ينفصل الحمل جاز لانه لا يتيقن فربما كان ريحا فينفش فلو قال عرفت الحمل
ولكن قلت ربما اجهض فهل يبطل حقه فيه وجهان ولو اخبره فاجر بالولاده
فقال لم اصدقه جاز وان اخبره عدلان فلا وان اخبره عدل واحد فوجهان
لصول وابنه وزد شهادته ولو قال كنت لا ادري ان لي حق النفي فيعذر
ان لم يكن من جمله الفقهاء فرع لو هناه مهني بالولد وقال متعك الله
فقال امين فهو اقرار بالنسب فلا لعان بعده وان قال جزاك الله خيرا او اسمعك الله
ما يسرك لم يكن اقرارا

كتاب العده

وهي ثلثه اقسام عده الطلاق وعده الوفاه وعده الاستبرا في ملك اليمين اما
عده الطلاق ففيها بابان الباب الاول في عده الحراير والاما واصناف المعتدات
وانواع عددهن وهي ثلثه انواع الاقرا والاشهر والحمل والحره تعتد بثلاثه اقرا
اذا طلقت بعد المسيس ومقصود هذه العده براه الرحم ولكن يكتفى بسبب
الشغل ولا يشترط تيقنه لانه لا خفي لا يطلع عليه ولذلك تجب العده بوطي

الى ص عاده

الصبي والمجرد تغييب الحشفه وحصت علو طلاقها بنفس براه الرحم ومن داب الشرع في مظان التباس المعاني المقصوده ربط الاحكام بالاسباب الظاهره كما علو البلوغ بالاحتلام والسن لخفا العقل وعلو الاسلام بكلمتي الشهاده مع الاكراه لخفا العقيده واعلم ان الحره تعتد بثلاثه اقرا والامه تعتد بقرئين لان القرء الواحد لا يتنصف فيكمل ولو عتقت قبل الطلاق فهي كالحره وان عتقت في القرين ففيه ثلاثه اقوال احدها انها تستكمل اذ عتقت قبل الفراغ والثاني لا بل ينظر الى حاله الوجوب فيكفيها قرءان والثالث انها ان كانت رجعيه عدلت الى عده الحراير وان كانت بائنه فتعتد بقرئين

فرع اذا وطي امه على ظن انها حليلته الحره اعتدت بثلاثه اقرا على وجه لان للظن اثرا في العده وعلى وجه يكفيها قرءان نظرا الى حقيقه الحال ولو وطي حره على ظن انها امه فلا خلاف انها تعتد بثلاثه اقرا لان الظن يوثر في الاحتياط واعلم ان النسوه اصناف المعتاده والمستحاضه والتي تباعدت حيضتها في اوان الحيض والصغيره والايسه

الصنف الاول المعتاده وعدتها ثلاثه اقرا على العاده والاقرا هي الاطهار عند الشافعي وقال ابو حنيفه هي الحيض وقد اختلف العلما فيه واستشهد كل فريق بدلاله والذي صح عند المحققين ان الشواهد متعارضه وان القرء في اللغه مشترك بين الطهر والحيض كالجون مشترك بين الضو والظلمه وقد قال الشاعر

اي في مده مورثه مالا وفي الحي رفعه … لما ضاع فيها من قروء نسايكاه

لما ضاع فيها من قروء نسايكاه واتما يضيع الطهر وقال صلى الله عليه وسلم دعي الصلوه ايام اقرائك وهي ايام الحيض ولكن تعلق الشافعي بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وقال الامر بتاول الطلاق السني وهو الذي في الطهر فسعى ان يستعقب الاحتساب بالعده وعند ابي حنيفه اذا طلقت في الطهر لم تحتسب بقيه الطهر كما انها لو طلقت في الحيض لم تحتسب عدنا بقيه الحيض وتشهد له ان مقصود العده العزله عن الزوج ولقد كانت في مده الحيض معتزله في صلب النكاح فجدير ان تكون الطهر هو ركن العده فنقول لو قال ابي طالق قبل اخر جز من الطهر فالجز الاخر يحتسب قرءا وللشافعي قول اخر ان القرء هو الانتقال من الطهر الى الحيض وكانه اراد ان يجمع لكون الاسم مطلقا عليهما جميعا ولانه يقال قرا النجم اذا طلع وقرا اذا غاب وهو مشعر

اي تحقيق

هو ان يطلق الطهرين العده

بالانتقال والجديد هو الاول وتظهر فائده القولين فيما لو قال ان طالق في اخر جزء من الطهر
حصل بالانتقال قرء على هذا القول ولم يحصل على الجديد بل لابد من ثلثه اطهار بعد الطلاق
وهذا في طهر محتوش بدمين اما طهر الصغيره فهل هو قرء فيه خلاف من حيث انه طهر
ولكن لم يتقدمه حيض فعلى هذا لو طلق الصغيره فحاضت قبل الاشهر فعليها ثلثه اطهار بعد
الحيض ولو قال للصغيره انت طالق ثلثا في كل قرء طلقه وقعت في الحال واحده ان قلنا انه قرء
والا فلا تقع حتى تطهر بعد الحيض وكذلك تطهر اثر الحلاف في دعواها انقضا العده
بمده الامكان فيه ومما لابد من التنبيه له ان الطهر الاخير انما يتبين كماله بالشروع في الحيض
الذي بعده والظاهر انه يكتفي بلحظه واحده ونقل البويطي عن الشافعي انه لابد من يوم وليله
حتى يتبين انه ليس بدم فساد فمن الاصحاب من حمل ذلك على الاحتياط وقطع باللحظه ومنهم من
قال في المساله قولان ومنهم من قال ان رات على العاده فاللحظه تكفي وان رات قبل ذلك فلابد
من يوم وليله ثم لا خلاف في انه ليس من العده انما هو للتبين **الصنف الثاني**
في المستحاضه ولها ثلثه احوال **الحاله الاولى** ان تكون مميزه او حافظه للعاده والوقت
فترد الى التمييز او العاده ولا يخفى امرهما وان كانت مبتداه او ناسيه للعاده والوقت فيكفي
منها ثلثه اشهر اذ الشهر الواحد يدور فيه الحيض والطهر غالبا ثم ان طلقت مع اخر
الشهر فيكفيها ثلثه اشهر بالاهله وان كان في وسط الشهر وكان الباقي اكثر من خمسه عشر
يوما فيكفيها بقيه الشهر وشهران بالاهله وان كان اقل ففيه خلاف لاجل اضطراب النص
ومن لا يحتسب به يقول يحتمل ان يكون جميع بقيه الشهر حيضا ومن يحتسب به يقول الغالب
ان الطهر يقع اخر الشهر والحيض مع اول الهلال رجحه قالوا يحتسب بقيه الشهر قرءا وان لم
يبق الا يوم وليله وهذا الحكم خالفه الوجود فان قيل على قول الاحتياط في المستحاضه لم
تكتفي بثلثه اشهر ويحتمل ان يزيد الطهر على ثلثه اشهر فلم لا احتياط في العده قلنا ذكر
صاحب التقريب وجها انها تومر بالاحتياط والتربص الى سن اليأس او اربع سنين او تسعه
اشهر لما ذكرناه في الحيض وهو متجه اذ الاحتياط للنكاح اهم ولكن ربما يعرف بان حكم
العبادات مقصود عليها والعده لقضي السكنا والرجعه فيبعد ان يتمادى ولكن يمكن
ان يقال لا رجعه ولا سكني الا في ثلثه اشهر وينبغي يحرم النكاح تعبدا عليها ولكن الصواب

يعظم فيه فلذلك يعد قول الاحتياط ها هنا من وجه ٥ **الصنف الثالث**
الصغيرة وعدتها بالاشهر الى ان تحيض ولا مبالاة برويتها الدم قبل تمام تسع سنين فان ذلك
ليس بحيض فلو طلقت فرات الدم بعد مضي ثلثة اشهر فليس عليها الاستيناف فان كان
قبل تمام الاشهر استانفت العدة بالاقرا فانها الاصل وما مضى من الطهر هل يحسب قرا
فيه الخلاف المذكور واما الايسة اذا حاضت فيحسب لها بقية الطهر قرا لان طهرها
محتوش بدمين ولو طلقت في اثنا الشهر ومهما انكسر الشهر تمم بلس من الشهر الاخير ثم يكفي شهران
اخران بالاهلة وفيه وجه مثل مذهب ابي حنيفة انه اذا انكسر شهر فقد انكسر الجميع
فلا بد من تسعين يوما والعدة بالاشهر لا تكون الا في الصغيرة والايسة وهذا احد نوعي
العدة وهذا كله في الحرة واما الامة المنكوحة فانها تعتد بقرين عند الشافعي لان القرء
لا يتنصف كما لا يملك العبد طلقتين والعدة بالنسا فان كانت من ذوات الاشهر فقولان احدهما
انها تعتد بشهر ونصف لانه يقبل التجزية والثاني انها تعتد بشهرين بدلا عن القرئين فانهما
قد تاصلا فلا ينظر الى السبب وقد نص في ام الولد اذا عتقت على قولين احدهما انه يكفيها
شهر واحد بدلا عن قرء في الاستبرا والثاني انها تعتد ثلثة اشهر لان ما يتعلق بالطبع
من علامة البراءة لا يختلف بالرق ويخرج من هذا قول ثالث في الامة المنكوحة انها
تعتد ثلثة اشهر **الصنف الرابع** التي تباعدت حيضتها نظر فان تاخرت
حيضتها من الصغر فلم تحض اصلا فعدتها بالاشهر لعموم قوله تعالى واللاي لم يحضن
وان حاضت ثم تاخرت كان بمرض ظاهر او رضاع فليس لها الا ان تربص الحيض او سن الياس
وبعد سن الياس تعتد بالاشهر اما اذا لم يكن الانقطاع لعلة ففيه ثلثة اقوال الجديد
انها تصبر الى سن الياس كما اذا كان لعلة لان الاشهر وردت في القران في اللاي لم يحضن
واللاي يئسن وليست من القسمين ولان الحيض لا ينقطع الا لعلة وان خفيت وفي العلة
من يقطع قطعا ورد فيه مذهب عثمان وعلي وزيد رضي الله عنهم في زوجة حبان بن منقذ
في مثل هذه الحالة وفيه ايضا مذهب ابن مسعود والقول الثاني انها تستظهر
بالصبر الى تبين الياس فتربص تسعة اشهر ليتبين عدم الحمل ثم تعتد بعده
ثلثة اشهر للتعبد وهو قول قديم قلد الشافعي فيه مذهب عمر رضي الله عنه
والقول الثالث انها تتربص لنفي الحمل اربع سنين ثم تعتد ثلثة اشهر والقولان الاخران

فقد مان وينتقضان على المصلحة التفريع ان قلنا تتربص تسعة اشهر ثم ثلاثة
فلو فعلت ثم نكحت ثم حاضت فالنكاح مستمر لاتصاله بالمقصود ولو حاضت قبل تمام
التسعة بطل التربص واستقلت الى الاقراء وان لم يعاودها وجب عليها استيناف التسعة
الاشهر لان ما سبق كان للانتظار وقد بطل ولا يندرج حصول البراءة فان القصد اعلى على
العدة اما اذا حاضت بعد الشروع في الاشهر الثلاثة وراء التسعة ثم لم يعاودها الدم فعليها
استيناف التربص بالتسعة ولكن ما سبق من مدة العدة في الاشهر الثلاثة هل يحسب حتى
تبني الباقي او تستانف كما تستانف التسعة فيه وجهان وجه البنا ان الانتظار هو الذي
بطل بطريان الحيض اما ما وقع الاعتداد به من صلب العدة فلا والتفريع ان امرنا
باستيناف الكل فلا كلام وان قضينا بالبنا ففي كيفيته وجهان احدهما انها تتم ثلثة اشهر
بالحساب والثاني انما مضى يحسب قرءا لانه طوى الحيض عليه ويكفيها شهران وان لم يمض
من الاشهر قبل الحيض الا يوم وهذا بعيد لانه جمع بين البدل والمبدل في عدة واحدة ولا
نظير له في الابدال اما اذا زال الدم بعد مضي المدتين وقبل النكاح فالمنصوص انها
مردودة الى الاقراء لان البدل لم يتصل بالمقصود وكما تتربص لانتظار الدم وقد وجد
ومن اصحابنا من قال الحيض بعد الفراغ كالحيض بعد النكاح فلا اثر له وكل هذه التفريعات
جارية على قولنا انها تتربص اربع سنين وانما يختلف المقدار اما اذا فرعنا على الجديد
وهو التربص الى سن اليائسات ففي سن الياس قولان احدهما انه اقصى مدة ياس امراة في
دهرها مما يعرف في الصرود والجروم الذي يبلغ خبره فان سائر العالم لا يمكن طوفه
والثاني يعتبر نساء عشيرتها من جانب الاب والام ومن اصحابنا من ذكر وجهين ضعيفين
احدهما النظر الى نساء العصبات دون جانب الام كما في مهر المثل والثاني النظر الى نساء
البلدة لان للهواء تاثيرا فيه فرع على هذا القول لو راى الدم بعد الوصول الى سن
الياس لا يخلوا اما ان ترى قبل مضي الاشهر او بعده فان كان قبله انتقلت الى الاقراء لان ذلك
حيض بالاتفاق فان لم يعاودها فرجع الى الاشهر وفيه وجهان احدهما انها تعتد بتسعة
اشهر ثم ثلاثة لان الياس قد بطل بطريان الحيض والثاني وهو الاصح انه يكفيها ثلاثة اشهر
فانها الان ايسة اذا لم يعاودها الدم لكن نقطع على هذا القول بوجوب الاستيناف

الدم

الثلثة قم

الاعتداد

والانتظار

الصرود والجروم
الصرد ذو البلاد الباردة
والجروم الحارة

معناه انه يعتبر بياس اقصى امراة في دهرها
[illegible]

الاشهر الثلاثه دون النسا لانا في هذا القول نتشوف الى اليقين ولا يقين ذلك مع طريان
الحيض خلاف الشهر بعد القول القديم اما اذا رات بعد الاشهر فيه ثلاثة اقوال
احدها ان العده بطلت سوا رات بعد النكاح او قبله لان مطلوبها اليقين على هذا القول
وقد فات بالحيض والثاني انه ان كان قبل النكاح استانفت الاشهر وان كان بعد النكاح
فلا ينقض الحكم الثالث انه لا يجب الاستيناف في الحالين لان الاشهر
قد تمت وحصل الحل فلا ينظر الى ما بعده وتلتفت هذا على الخلاف في المعضوب اذا
حج عنه ثم زال العضب نادرا انه هل يجب الاستيناف النوع الثاني المعتده
بالاشهر وذلك في الصبيه والايسه وقد ذكرناه النوع الثالث عده
الحمل وفيه فصلان الاول في شروطه ولا تنقضي العده الا بوضع حمل تام من الزوج فهما
شرطان الاول ان يكون من الزوج او ممن منه العده فلو مات الصبي او انفسخ نكاحه فولدت
زوجته من الزنا لم تنقض به العده عندنا خلافا لابي حنيفه وكذلك زوجة الممسوح
وكل ولد منفي عن الزوج قطعا اما الحمل المنفي باللعان تنقضي العده بوضعه لان
القول في العده قولها وهي تقول انه من الزوج فرع اذا حملها الوقال اذا ولدت
فانت طالق فولدت وشرعت في العده فاتت بولد اخر بعد سته اشهر من الولاده
الاولى ففي انقضا العده به ثلاثة اوجه احدها لا تنقضي اشهر العده لانه منفي عن الزوج
والثاني تنقضي لانه يحتمل ان يكون من وطي شبهه من الزوج بعد الولاده فهو كالمنفي
باللعان والثالث انها ان ادعت وطيا محترما على الزوج بعد الولاده انقضت العده
وان كان القول قوله في نفي الولد ولكن الاحتمال لا ينقطع به وان لم تدع لم تنقض
الثاني اذا نكح حاملا من الزنا ثم طلقها وهي ترى الدم وقلنا ان دم الحامل دم فسا د فلا
اثر له وان قلنا انه حيض فهل تنقضي العده به فيه وجهان احدهما نعم لان حمل الزنا لا يوثر
في العده فنظر الى الاقرا والثاني لا لان الاقرا انما حسبت لدلالتها على البراه وهذه لا تدل
عليها فعليها استيناف الاقرا بعد وضع الحمل الشرط الثاني وضع
الحمل التام ونخرج عليه ثلاث مسايل احداها انها لو كانت حاملا بتوامين لا تنقضي
العده بوضع الاول حتى تضع الثاني واقصا مده ما بين التوامين سته اشهر فما
جاوز ذلك فهو حمل اخر الثالثه لو انفصل بعض الولد لم تنقض العده حتى

ينفصل بكماله وحكم المنفصل بعضه حكم الجنين في العدة ونفي الارث وتسرية العتق
اليه من الام وبقا الرجعة والعدة والتبعية في الهبة والبيع وغيرها وعزي الى القفال
انه قال اذا اصرخ واستهل وقد تيقنا وجوده فله حكم المنفصل الا في العدة فان براءة
الرحم تحصل بانفصاله * **الثالثة** لو اجهضت جنينا ظهر عليه التخطيط والصورة
فهو تام وتنقضي به العدة وان كانت الصورة بحيث لا يدركها الا القوابل وان كانت علقة
فلا حكم لها اذ لا يتبين انه اصل الولد وان كان لحما ولم يظهر عليه التخطيط للقوابل
فقد نص الشافعي على انقضا العدة ونص على ان الاستيلاد لا يحصل به ولا غرة فيه فمنهم
من قال قولان بالنقل والتخريج ومنهم من فرق بينهما بان العدة في الكتاب معلقة
بوضع الحمل وهذا حمل والاستيلاد يتعلق بالولد وهذا ليس بولد والغرة
بدل مولود وهذا ليس بمولود * **الفصل الثاني** في ظهور امر الحمل
او حقيقته بعد الاعتداد بالاقرا وفيه مسايل الاولى المعتدة بالاقرا اذا
ارتابت وتوهمت حملا بعد تمام الاقرا فان كانت بحيث يحكم في الظاهر بانها حامل
يحرم عليها النكاح ولو استشعرت ثقلا او توهمت فهي المرتابة فلو نكحت قبل
زوال الريبة نص الشافعي في المختصر ان النكاح موقوف ونص في موضع اخر انه
باطل فمن اصحابنا من قطع بالصحة اذ بان الحيال لانه يبنى على سبب ظاهر وهو العدة
ولا اثر لمجرد ريبة لا اصل لها ومنهم من قال قولان واصلهما في اصله وقيل ان
اصله قولا وقف العقود كما لو باع مال ابيه على ظن انه حي فاذا هو ميت وقيل
هذا فاسد لانه غير مبني على اصل بل ماخذه القولان في من شك في عدد الركعات بعد
الفراغ هل يلزمه التدارك وهذا القايل يفرق بين ان تشك قبل تمام الاقرا او بعده
والقايل الاول لا يفرق * **الثانية** اذا اعتدت بالاقرا ولم تنكح واتت بولد
لزمان يحتمل ان يكون من الزوج الحق به واقصى مدة الحمل عند الشافعي اربع سنين
وعند ابي حنيفة سنتان والاربع تحسب من وقت الطلاق ان كان باينا وان كان
رجعيا فقولان احدهما من الطلاق والثاني من وقت انقضا العدة لان الرجعية
في حكم زوجته فعلى هذا لو اتت بولد لعشر سنين مثلا من وقت الطلاق وطولت
العدة فيتصور ان تطول بتباعد الحيض ونحن نكتفي بالاحتمال ومنهم من استعظم

صح

هذا فقال لا تتربص في العده على ثلثة اشهر تصفها الى اربع سنين فانه الغالب الا ان ما قاله لا يسع الاحتمال فلا وجه له **الثالثه** اذا نكحت ثم اتت بولد لزمان يحتمل ان يكون من الاول ومن الثاني جميعا الحق بالثاني لان الفراش الثاني ناسخ للاول فلا سبيل الى ابطال نكاح جرى على الصحه اما اذا كان النكاح فاسدا بان جرى في اثنا العده بان ظن انقضاوها فيعرض الولد على القايف فان ذلك كوطي شبهه فلا يودي الى ابطال نكاح صحيح ثم الفراش الذي يبنى عليه احتمال الولد في النكاح الفاسد هو الوطي او مجرد العقد فيه خلاف والظاهر انه الوطي وكذلك الخلاف في انقطاع هذا الفراش بالتفريق او بآخر وطيه ويلتفت على ان العده هل تنقضي مع مجالسه الزوج زوجته وعليه تخرج ان لحوق الولد في النكاح الفاسد هل يتوقف على الاقرار بالوطي فان احوجناه الى الاقرار بالوطي فالظاهر انه لا ينتفي بدعوى الاستبرا ابل باللعان وفيه وجه اخر انه كملك اليمين ٥

الرابعه في النزاع فلو قال طلقت بعد الولاده فلي الرجعه لانك معتده فقالت بل طلقت قبل الولاده فالقول قوله في وقت الطلاق سوا كان الطلاق ووقت الولاده معينا بالاتفاق او مبهما ولو اتفقا على وقت الطلاق واختلفا في وقت الولاده فالقول قولها لانها موتمنه في رحمها ولو اتفقا على الاشكال فالاصل بقا سلطان الرجعه واستمرار النكاح فان جزمت الدعوى فقال لا ادري فعليه ان يحلف جزما او ينكل حتى ترد اليمين عليها ولو جزم الدعوى وقالت لا ادري فالزوج على الارتجاع وهي مدعيه فلا تسمع الدعوى مع الشك ٥ ٥ ٥ ٥

الباب الثاني في تداخل العدتين عند تعدد سببه والسبب اما الوطي واما الطلاق واما الوطي فتعدده اما من شخص واما من شخص اما من شخص واحد فهو ان يطلقها ثم يطاها بالشبهه فتتداخل العدتان اذا اتفقتا بان لم يكن احبال وكانتا من ذوات الاشهر او الاقرا فتعتد بثلاثه اشهر او بثلاثه اقرا وتقضي العدتان ولو كان قد انقضى قرآن فوطيها استانفت ثلاثه اقرا واندرج القر الثالث الباقي في القر الاول حتى تتمادى الرجعه الى انقضا هذا القر ثم لا رجعه في القرين الباقيين لانهما من الوطي بالشبهه ومعنى التداخل ان القر

الاول المشترك نا دخ له عدتان اما اذا اختلف العدتان بان كانت احداهما
بالحمل ففي تداخلهما وجهان مشهوران احدهما التداخل كالمتفقتين والثاني لا لان
الاندراج يليق بالمتجانسات فان قلنا بالتداخل فسوا طرى الحمل او طرى الوطي على الحمل
فتمادى الرجعة والعدة الى وضع الحمل وتنقضي به وان قلنا لا تداخل نظر
فان طرى الوطي على الحمل انقضت عدة الطلاق بالوضع وانقطعت الرجعة واستانفت
الاقرا لعدة الوطي وعلى هذا لو كانت ترى الدم في ايام الحمل وقال القاضي والشيخ ابو
حامد تنقضي به عدة الوطي اذا قلنا انه حيض و يؤدي الى انقضا عدتين مختلفتين
في زمان واحد لجريان الصورتين وعللوا بان المنسب لزوم الاقرا مجردا التعبد ولا
يشترط البراءة وقال الشيخ ابو محمد كونها في مظنة الدلالة على البراءة لا بد منه اذ
به يحصل التعبد ولا بد من استيناف الاقرا بعد الوضع اما اذا كانت حايلا في
عدة الطلاق واحبلها بالوطي انقطعت عدة الطلاق لان الحمل اقوى فاذا وضعت
رجعت الى بقية عدة الطلاق وتثبت الرجعة وساير احكامها من الميراث
وغيره في تلك البقية وهل تثبت قبل الوضع فيه وجهان احدهما لا لانها ليست في عدة
الطلاق والثاني نعم لانها بعرض الرجعة وملتزمة لها في المستقبل فتبعد الابانة
في الحال مع العود الى الرجعة في عدة الطلاق فعلى هذا لم يتعرضوا لطرى الاطول المدة
والاقصر رجعية على الدوام الى انقضا العدتين ثم مهما راجعها او جدد النكاح على
انقطعت العدتان جميعا اما اذا كان من شخصين بان طلقها فوطيها بالشبهة غيره لم
تداخل العدتان عندنا خلافا لابي حنيفة لان التعبد في حق الزوج بالعدة يتعدد
عند تعددهما ثم ينظر فقد تقدم الطلاق والوطي استمرت عدة الزوج
والرجعة الى تمام ثلثة اقرا ثم بانت واستانفت عدة الوطي ولم يكن له تجديد النكاح
عند تسرعها في عدة الشبهة وهل له قبل ذلك ان كانت باينة منه وجهان احدهما
نعم لانها ليست الا في عدته والثاني لا لان لزوم العدة عن الشبهة كوجودها
لانه لو نكحها لم يحل له وطيها والرجعة تحتمل ذلك ولا تحتمله النكاح كما في
المحرمة اما اذا وطيت فشرعت في العدة وطلقها ففي الاشتغال الى عدة الطلاق وجهان

العدتان نفقت

وان كانت حاملا

احدهما انها تنتقل لان عده الطلاق اقوى والثاني تستمر لان السابق اولى فان قلنا
بالانتقال رجعت الى بقية عدة الشبهة عند تمام عده النكاح وان قلنا تستمر
استانفت عده النكاح بعد عدة الشبهة وتثبت الرجعة وفي ثبوتها قبل ذلك
الخلاف السابق واما اذا كانتا مختلفتين بان كانت احداهما بالحمل والاخرى بالاقراء فعند
هذا سقط النظر الى السبق وتقدم عدة الحمل ثم النظر في كيفية الرجعة وانقطاع
العدة والاستقلال منها كما ذكرناه في العدتين من شخص واحد حيث قلنا انهما لا يتداخلان
نعم هذا نفارقه في ان له ان يعقد الاول انه لو راجعها وكانت حاملا من الاجنبي لم يحل الوطء
وان كانت حاملا منه وقد بقي عليها عدة الشبهة ففي جواز الوطء وجهان جاريان في
وطء الحامل من النكاح بعد ان وطئت بالشبهة احدهما الجواز اذ ليس في عدة الشبهة
ما لم تضع حمل الزوج والثاني لا للزوم العدة ٥ **الامر الثاني** انها لو كانت ترى
صورة الاقراء مع الحمل والمصير الى انقضاء العدة بها مع تعدد الشخص بعيد وقد قيل
يطرد ذلك هاهنا كما في شخص واحد ٥ **الامر الثالث** انه لو اراد احدهما
نكاحها وهي مشتبهة عدة غيره لم يجز فان كانت حاملا من الزوج فنكحها وهي
معترضة لعدة الشبهة ولكن بعد وضع الحمل فصحة النكاح تنبني على حل الوطء في
مثل هذه الحالة ومنهم من قال وان قلنا بالحل فذلك عند دوام النكاح اما ابتداء
النكاح لا يجوز مع لزوم عدة الشبهة هذا كله في عدة المسلمين اما الحربيات فقد
نص الشافعي رحمه الله عليه ان الحربي اذا طلق زوجته فوطئها حربي في نكاح او وطئها
فلا تجمع عليها بين عدتين فمن اصحابنا من قال قولان ووجه الفرق ان التعبد في حق الحربي
يتعرض للانقطاع بالاستيلاء فاستيلاء الثاني يقطع حق الحربي الاول فان قيل ما
ذكرتموه في عدة الحمل انما يستقيم اذا علم ان الحمل من احدهما فان احتمل ان يكون
منهما فكيف السبيل قلنا اذا وضع عرض على القائف فاذا الحق باحدهما حكم بانقطاع
عدته دون الثاني فان لم يكن قائف او اشكل عليه تقضي باحدى العدتين انقضت
على الابهام وتتصدى النظر في امور منها ان الاول ان الرجعة ان جوزناها في حال
ملابسة عدة الغير فله الرجعة وان لم نجوز فعليه ان يراجع مرتين مرة قبل

المختلفين ح

مل

لا يبعد ان يقال لا تكون قطعية كما هو الظاهر ... مع بيان ... ويحتمل ... في حق المتحيرة ... [illegible]

١٦
سادسة عشر
123

وضع الحمل ومره بعده فلو اقتصر على احدهما لم يستعد به شيا لتعارض الاحتمالين
الا ان يقتصر على رجعه فيوا فقها الحال والقايف فيتبين صحته وذكر العراقيون وجها
ان الرجعه لا تحتمل الوقف كالنكاح ه الثاني تجديد النكاح ولا فايده في
نكاح واحد فانه لا يفيد لتقابل الاحتمال ولكن لو عقد قبل الوضع وبعده
فيه وجهان ووجه المنع ان النكاح لا يحتمل مثل هذا الوقف وان احتملته
الرجعه الثالث النفقه اذا كانت باينه فانها تستحق على الزوج اما
للحمل واما للحامل وان كان من الوطي بالشبهه فيستحق عليه ان قلنا ان هذا للحمل
وان قلنا للحامل فلا ولكن لا يطالب واحد منهما في الحال للاشكال فان وضعت
والحق القايف بالزوج فلها طلب النفقه الماضيه وان الحق بالواطي لم يطالب
لان نفقه القريب تسقط بمضي الزمان وليس عليه الا نفقه الحمل فروع ثلثه
الاول قال الاصحاب لا تنقضي عدة الزوج اذا كان يعاشرها معاشره الازواج
وقال المحققون هذا خارج عن القياس فان العده لا تستدعي الا انقضا المده
مع عدم الوطي ولذلك تنقضي عدتها وان لم تعرف الطلاق والموت ولم تات
بالحداد وملازمه المسكن قال القاضي لا نص للشافعي على هذا وانا اقول مخالطه
البانيه لا تمنع لانه في حكم الزاني ومخالطه الرجعيه تمنع لان اعتدادها في
صلب النكاح ولا اقل من ان يعتضد حكم الاعتزال وترك المخالطه فعلاً
وهذا وان كان فيه فقه فلا يخلو عن اشكال ثم على هذا لا يشترط الوطي ولا دوام
المجالسه ولكن المعتاد بين الازواج وان طالت المفارقه ثم جرت مجالسات
في اوقات مختلسه فيحتمل ان يحسب اوقات المفارقه دون اوقات المخالطه ويحتمل
ان يقال يقطع ما مضى وهو خبط جره التفريع على مشكل الثاني عده
نكاح الشبهه تحسب من وقت التفريق او الوطي فيه قولان فان قلنا من الوطي فلو
اتفق انه لم يطاها بعد ذلك مده العده تبين انقضا العده واذا وطي الوطي
وان قلنا بالتفريق فلا مبالاه بمخالطته بعد ذلك لانه في حكم الزاني ولا اثر لمخالطه
الزناه في العده وهذا يدل على ان مخالطه الزوج البانيه مع العلم لا تؤثر ومع

الجهل يوثر عند الاصحاب ثم يحتمل ان يقال المراد بالتفريق انجلا الشبهه
ويحتمل ان يقال انه المفارقه بالجسد والظاهر انه انجلا الشبهه فالمخالطه
بعده في حكم الزنا **الثالث** اذا نكح معتده على ظن الصحه ووطيها
انقطع عدة النكاح بما طرى وفي وقت انقطاعها قولان احدهما من وقت العقد
والاخر من وقت الوطي لان العقد فاسد فان قلنا ينقطع بالعقد فلو لم يزف الى
الثاني فالصحيح انا نتبين ان العده لم ينقطع لانه مجرد لفظ وانما يقدح ذلك
على قول اذا اتصل الى الزفاف اما اذا اتصل الى مخالطه وزفاف فلو
انجلت الشبهه قبل الوطي فهذا محتمل **والرابع** من نكح معتده بالشبهه لم
يحرم عليه على التابيد وفيه قول قديم نقله المزني عن عمر انها تحرم للزجر
عن استعجال الحل وخلط النسب لا يجري هذا القول في الزاني لانه لا يبتغي
الحل **الخامس** اذا طلق الرجعيه طلقه اخرى بعد المراجعه فتستانف
العده او تبني عليه قولان مشهوران احدهما البنا كما اذا طلقها طلقه بائنه
ثم جدد نكاحها بعد قرء ثم طلقها قبل المسيس فانه يكفيها قرآن ولا يسقط الا نصف
المهر خلافا لابي حنيفه والثاني الاستيناف لانها مردوده الى نكاح جرى
فيه وطي بخلاف تجديد النكاح اما اذا طلقها من الرجعه فقد قال الشافعي
من قال تستانف في تلك الصوره يلزمه ان تستانف ها هنا فمنهم من قال هو تفريع
فيخرج هذه الصوره على قولين ومنهم من قطع بانها لا تستانف لان الطلاق
الثاني تاكيد للاول ولا يقطع العده فان قلنا بالاستيناف فلو كانت حاملا فيكفيها
وضع الحمل لان هذه بقيه تصلح لان تكون عده مستقله فلو راجعها فوضعت
ثم طلقها استانفت لانه اقوى على قول الاستيناف وعلى قول البنا وجهان
احدهما انه لا عده عليها اذ لا وجه للبنا والثاني تستانف العده عند
تعذر البنا اما اذا راجع الحائل في الطهر الثالث ثم طلقها قال القفال هذا
المراجعه بعد تمام العده لان بعض الطهر الثالث قرء كامل وقال الشيخ ابو محمد
القرء هو البعض الاخير المتصل بالحيض وهو اجري في النكاح والنصف الاول

لا يتعدد به السادس لو خالع زوجته بعد المسيس ثم جدد نكاحها ثم طلق بعد المسيس لم يكن عليها الا عدة واحدة وتندرج بقية الاولى تحت هذه ولو مات فهل تندرج تلك البقية تحت عدة الوفاة مع اختلاف نوع العدة فيه وجهان

القسم الثاني من الكتاب في عدة الوفاة وحكم السكنى وفيه بابان

الباب الاول في موجب العدة وقدرها وكيفيتها وفيه فصول

الفصل الاول في الموجب والقدر فنقول المتوفى عنها زوجها عليها عدة الوفاة ممسوسة كانت او لم تكن وان كانت حاملا فمهما وضعت حلت ولو بعد ساعة وحل لها غسل الزوج عند ما بعد العدة ولها نكاح زوج اخر وان كانت حائلا فتعتد اربعة اشهر وعشرا والامة تعتد شهرين وخمسة ايام وتنقضي العدة وان لم تحض في هذه المدة خلافا لمالك لان الله تعالى لم يتعرض للحيض مع تعرض للمسألة ثم مالك يقول لا اقل من حيضة واحدة اذ وقوع الحيض المعتاد مرة او مرات

فرع لو طلق واحدة من امرأتيه على الابهام ومات قبل البيان فعلى كل واحدة اربعة اشهر وعشر للاحتياط ان كانتا حائلتين غير مدخول بهما وان كانتا حاملين فعليهما التربص الى الوضع وان كانتا حائلتين من ذوات الاشهر فعليهما اربعة اشهر وعشر اذ تنقضي الاشهر الثلاثة وان كانتا من ذوات الاقراء فعلى كل واحدة التربص باقصى الاجلين احتياطا وان دخل باحداهما فعليها التربص باقصى الاجلين وتكفي غير المدخول بها تربص اربعة اشهر وعشر

الفصل الثاني في المفقود زوجها فان وصل خبر موته ببينة فتعتد بها من وقت الموت عندنا وقال علي كرم الله وجهه من وقت بلوغ الخبر وان لم يدر خبره واثره وغلب على الظن موته فقولان الجديد انها لا تنكح الى ان تقوم البينة لموته وهو القياس لان النكاح ثابت بيقين فكيف يقطع بالشك والثاني انها تتربص اربع سنين ثم تعتد بعد ذلك عدة الوفاة وقد قلد الشافعي فيه عمر رضي الله عنه في القديم ورجع عنه في الجديد وقال لو قضى به قاض نقضت قضاؤه اذ كان له ان يقلد الصحابة لا يجوز للمجتهد وقد طول الاصحاب في التفريع

ويسمى المظنون

عليه وقد ذكرناه في المذهب البسيط ولا معنى له مع صحة الرجوع عنه
ثم على الجديد فلها طلب النفقة من مال الزوج ابدا فان تعذر كان لها طلب الفسخ
بتعذر النفقة على اصح القولين الفصل الثالث في الاحداد وذلك
واجب في عدة الوفاة وغير واجب في عدة الرجعية وفي عدة البائنة قولان
وفي المفسوخ نكاحها طريقان منهم من قطع بانها لا تحد كالمعتدة عن شبهة
وكام الولد اذا مات عنها سيدها ووجه وجوب الاحداد على المطلقة البائنة القياس
على عدة الوفاة ووجه الفرق انها مجفوة بالطلاق وانما يليق الاحداد بالمتفجعة
بالموت والاصل في وجوب الاحداد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامراة
تومن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلث الا على زوج اربعة اشهر وعشرا
فافاد هذا جواز الاحداد ثلثة ايام على الجملة وتحريمه بعد الثلث وبعد العدة
ومعناه ترك الزينة والطيب على قصد الاحداد والا فلا منع من ترك الزينة فان
قيل وما كيفية الاحداد قلنا معناه ترك التزين والتطيب والاحداد من الحد وهو
المنع والتزين اما يكون بالتنظيف والثياب والحلي اما التنظيف بالقلم والاستحداد
والغسل وازالة الوسخ فلا يحرم واما الثياب فالنظر في جنسها ولونها اما الجنس فيحل
كلها سوى الابريسم فيحل الخز والدبيقي والكتان وغيرها مما يحل للرجال واما الابريسم
فانما يحل لها لاجل التزين للرجال وقال العراقيون الابريسم في حقها كالقطن في حق الرجال
وانما عليها ترك المصبوغات من الثياب والاول اصح واما الحلي فيحرم ما هو من الذهب لانها
خاصية النساء والظاهر انه يحرم التحلي باللالي المجردة لانها للزينة واما التختم بخاتم
يحل مثله للرجال فلا يحرم واما المصبوغات للتزين كالاحمر والاصفر والاخضر فهو
حرام من القطن والكتان وغيره واما الاسود والاكهب الكدر وما لا يتزين به فهو جايز
ولا فرق بين ان يصبغ بعد النسج اوقبله وخصص ابو اسحق المروزي التحريم بالمصبوغ بعد
النسج اما الثوب الخشن اذا صبغ على خلاف العادة صبغ الزينة حكى صاحب التقريب فيه
قولين ووجه المنع انه من البعد تظهر به الزينة واما الزينة في اثاث البيت والفرش فلا
تحرم واما الاحداد في بدنها واما الطيب فيحرم عليها ما يحرم على المحرم ويحرم عليها
ان تدهن راسها ولحيتها ان كانت لها لحية كالمحرم ولا يحرم عليها ان تدهن بدنها
ان لم يكن فيه طيب وانما المنع في الشعر واما تصفيف الشعر وتجعيده بغير

الدهر ففيه تردد اما الاكتحال فقد قال الشافعي لا باس بالاثمد وقد قال الفقهاء انه ان اراد به
العربيات فانهن الى السواد ولا بد منهن الاثمد اما البيضا فلا يجوز ذلك لها الا لعلة
الرمد وعليها ان تكتحل ليلا وتمسح نهارا هكذا امر رسول الله صلى الله عليه وسلم ام سلمه
الا ان يحتاج الى ذلك نهارا ايضا فيجوز وعليها ملازمه المسكن الا لحاجه ولو تركت
جميع ذلك عصت ربها وانقضت عدتها

الباب الثاني

في السكنى وفيه اربعه فصول الاول فيمن تستحق السكنى وتستحق المطلقه المعتده
بائنه كانت او رجعيه لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا تستحق المعتده عن وطي
الشبهة او نكاح فاسد ولا المستولده اذا اعتقت لان الايه وردت في النكاح نعم
هل تجب في عدة الوفاه قولان وفي العده بعد انفساخ النكاح طريقان منهم من قال قولان ومنهم
من قطع بانها لا تستحق ان كان الفسخ منها بعيبه او كان منه ولكن بعيبها او ما يكون بسبب
منها اما ما ينفرد به الزوج كردته واسلامه ففيه قولان وماخذ التردد ان الايه
وردت في فراق الطلاق وهذا تردد في ان فراق الموت والفسخ هل هو في معناه لان
ايجاب السكنى بعد البينونه كالخارج عن القياس واما الصغيره التي لا تحتمل الجماع
ففي سكناها من الخلاف ما في نفقتها في صلب النكاح وكذلك الامه اذا طلقت فان قلنا ان
الزوج يستحق بتعيين المسكن في صلب النكاح فعليها ملازمه المسكن بعد النكاح وان قلنا
ان السيد يبوئها بيتا ولم تطلق في ذلك البيت فالظاهر انه لا يلزمها ملازمه المسكن لان العده
تلتفت على النكاح وقيل انه يجب ذلك ثم اذا اوجبنا ملازمه المسكن فوجوب السكنى
على الزوج يلتفت على النفقه في صلب النكاح فحيث كانت تجب النفقه تجب السكنى بعد
الطلاق واما الناشزه اذا طلقت في دوام النشوز قال القاضي لا سكنى لها اذ لم يكن لها
نفقه وهذا فيه نظر لانها ان طلقت في مسكن النكاح فيجب عليها شرعا لزوم المسكن
فان اطاعت في ذلك فالحري ان تستحق السكنى

الفصل الثاني

في احوال المعتده التي تباح
لها مفارقه المسكن فنقول يجب عليها لزوم المسكن حقا لله تعالى عباده ولا يسقط برضا
الزوج وانما يباح الخروج بعذر ظاهر والاعذار على ثلث مراتب الاولى ما يرجع الى
طلب زياده وعماره واستنما مال وتعجيل الاسلام فلا يجوز الخروج لمثل ذلك
الثانيه ما ينتهي الى حد الضروره كوجوب الهجره والتمكن من اقامه الحد او خافت
على روحها او مالها لان الموضع غير حصين او كانت تتاذى باحمائها او تؤذيهم فكل

باحمائها

ذلك تسلط على الاشغال لان هذه المهمات اقوى في الشرع من لزوم المسكن في العدة
الثالثة ما تشتهي اليه الحاجة كالخروج للطعام والشراب او تدارك مال اخبرت
بانه اشرف على الضياع فكذلك ايضا يرخص في الخروج في حق من لا كافل لها ونحو ذلك
وان كان العذر نادرا وكذلك حكم ملازمة المنزل في السفر اذا كانوا ينتجعون ويسافرون
اعتيادا فلها المسافرة معهم ومهما خرجت لحاجة فينبغي ان تخرج بالنهار لان الليل
مظنة الافات **الفصل الثالث** فيما يجب على الزوج وفيه مسائل الاولى اذا
كانت الدار مملوكة للزوج لم يجز ازعاجها ولا يجوز له مداخلتها لتحريم الخلوة الا في موضعين
احدهما ان تكون هي في حجرة منفردة بالمرافق وعليها باب فان لم يكن عليها باب او كانت مرافقها
كالمطبخ والمستراح في الدار لم تجز المداخلة لان التوارد على المرافق يفضي الى الخلوة
وكذلك تحرم المداخلة وان كانت الدار فيحا مهما لم تنفصل المرافق ولم يجب الباب
الثاني ان يكون معها في الدار محرم لها فلا خلوة وكذلك ان كان مع الرجل زوجة
اخرى او جارية او محرم له ولو كان معها اجنبية او معتدة اخرى فهل تمنع ذلك
الخلوة فيه تردد ماخذه ان النسوة المنفردات هل لهن السفر عند الامن بغير محرم
ولو استخلا رجلان بامراة فهو محرم وليس كذلك ما لو استخلا رجل بامراتين والوجه
ان يقال ان كان معها من يحتشم او يخاف من جانبه حكاية ما يجري من فجور ان كان
فهو مانع للخلوة والا فلا **فرع** لو اراد الزوج بيع الدار وعدتها بالحمل او الاقرا
لم ينعقد لان المنفعة مستحقة لها واخر المدة غير معلوم ولو كانت من ذوات الاشهر
فهو كبيع الدار المستاجرة الا اذا كان يتوقع طريان الحيض في الاشهر ففيه طريقان منهم
من لم يلتفت الى ذلك بناء على الحال ومنهم من منع البيع لتوقع ذلك فان صححنا فطرى الحيض
فهو كما لو اختلطت الثمار بالمبيع وقد ذكرناه في البيع **المسألة الثانية**
اذا كانت الدار مستعارة فعليها الملازمة الى ان يرجع المعير فان رجع فعلى
الزوج ان يسلم اليها دارا تليق بها ويبذل الاجرة ان لم يجد بعارية وكذلك اذا انتهت
مدة الاجارة فان مست الحاجة الى الاجرة وافلس الزوج ضاربت الغرماء باجرة ثلاثة اشهر
ان كانت من ذوات الاشهر وان كانت من ذوات الاقرا وعادتها مختلفة ضاربت الغرماء
بالاقل وان كانت مستقيمة فبمقدار العادة على الاصح وفيه وجه انها بالاقل وهو

العادة صح

تعتبر

ضعيف لان حصتها لا تسلم اليها وما يخص الغرماء يسلم اليهم والاحتياط لجانبها
اولا وكذلك الحامل تصادف تمام تسعة اشهر فان الزيادة على ذلك لا تعتبر لانه
نادر هذا اذا كان الزوج حاضرا فان كان غائبا استقرض القاضي عليه فان استاجرت
من مالها بغير اذن القاضي ففي رجوعها على الزوج خلاف ولا خلاف في انها لو كانت في
دار مملوكة له فلا تباع على الغرماء لانها كالمرهونة به فلا تخرج منها بحال **المسالة
الثالثة** اذا اسكنها في النكاح مسكنا ضيقا لا يليق بها فرضيت فطلقها فلها
ان لا ترضى به في العدة وتطلب مسكنا لائقا وكذلك لو اسكنها دارا فيحا فله ان ينقلها بعد
الطلاق الى موضع لائق لكن قال القاضي ينبغي ان يطلب لها اقرب مسكن ممكن الى مسكن
النكاح حتى لا يطول ترددها في الخروج وما ذكره لا يبعد ان يستحب ولا بد في
انه لا يخرجها عن البلدة **المسالة الرابعة** ان الزوجة السكنى في عدة الوفاة
فهي من التركة فان لم يكن وتبرع به الوارث فاراد سكناها كان له ذلك وان قلنا لا تستحق
فلو رضي الوارث بملازمة مسكن النكاح فالظاهر انه يجب عليها ذلك مطلقا وقيل ان كانت
مشغولة الرحم او يتوهم الشغل فله ذلك لاجل صيانة الماء وان لم تكن مشغولة
فلا يلزمها ذلك بل عليها ملازمة اي مسكن شاءت ثم هذا الحق للوارث وليس
للسلطان ذلك **الفصل الرابع** في بيان مسكن النكاح وفيه مسايل
الاولى اذا اذن لها في الانتقال الى دار اخرى ثم طلقها قبل الانتقال لازمت المسكن الاول
وان طلق بعد الانتقال لازمت المسكن الثاني والعبرة في الانتقال ببدنها وقال ابو حنيفة
رحمه الله العبرة بنقل الامتعة وان صادفها الطلاق في الطريق فثلاثة اوجه احدها
يرجح الاول استصحابا والثاني يرجح الثاني لانها انقطعت عن الاول والثالث انها تتخير
بينهما للتعارض وكذا الكلام فيما اذا اذن لها في الانتقال الى بلدة اخرى وفي جواز
الانصراف خلاف **الثانية** لو خرجت الى سفر باذنه فطلقها بعد مفارقة
عمارة البلد فليس عليها الانصراف لان ابطال اهبة سفرها اضرار فان فارقت
المنزل دون البلد فوجهان احدهما يجب الانصراف لانها بعد لم تنقطع عن الوطن
والثاني لا لان ذلك اضرار بابطال الاهبة ولا خلاف في ان لها الانصراف ثم اذا مضت

لو جهلها فلها التوقف الى نجاز حاجتها وعليها الرجوع لملازمة المسكن بقية مدة العدة
ان كان تتوقع البلوغ وان لم تتوقع ولكن يقع من العدة مدة تنقضي في الطريق ففي وجوب
الانصراف خلاف والظاهر انه لا يجب اذ لا فائدة فيه ولا نكلفها التقدم على الرفقة
لاجل ذلك وان انقضت حاجتها قبل ثلثة ايام جاز لها استكمال الثلاث لانها مدة مكث المسافر
شرعا ٥ **الثالثة** ما ذكرناه في سفر تجارة او مهم فان كان سفر نزهة او ما لا
مهم فيه وكذا اذن لها عشرة ايام مثلا فطلقها في اثناء المدة ففي جواز استيفاء المدة قولان
ويجري القولان في وجوب الانصراف ان طلقها في الطريق وكذا في المدة الزائدة على حاجة
التجارة في سفر التجارة لانه ليس فيه مهم ولكن انضم الاذن الى اهبة السفر فاحتمل
ان يقال في المنع اضرار ولو اذن لها في الاعتكاف عشرة ايام فطلقها قبل المدة فان قلنا
لو خرجت قبل هذا العذر جاز البناء على الاعتكاف المنذور فعليها الخروج وان كان
الاعتكاف منذورا لانه لا ضرر واما هذا المجرد اذن فهو كما لو اذن لها في المقام
في دار اخرى عشرة ايام فطلاقها يبطل ذلك الاذن وان قلنا ان الاعتكاف يبطل فيكون
فيه اضرار كما في اهبة السفر ولا خلاف في انها لو خرجت مع الزوج فطلقها في الطريق
لزمها الانصراف لانها خرجت باهبة الزوج فلا تبطل عليها اهبتها والخروج لغرض التجارة
عن جانبها لانه طلب زيادة واما حاجة الزوار للضرار في فوات الاهبة ٥ ٥
الرابعة اذا اذن لها في الاحرام فطلقها قبل الاحرام لم تحرم وان كان بعد
الاحرام وكان بعمرة يمكن تاخيرها ففي وجوب التاخير وجهان ولعل الاصح جواز الخروج
لان في مصابرة الاحرام اضرارا ٥ **الخامسة** منزل البدوية كمسكن البلدية
لكن ان رحلوا بجملتهم فلها الرحلة وان رحل غير اهلها فعليها المقام وان رحل
اهلها وهي امنة في المقام ففيه وجهان وهو راجع الى ان ضرر مفارقة الاهل هل يعتبر
ولو كانوا يرجعون على قرب فعليها المقام اذ لا ضرر ولو ارتحلت معهم واردت المقام
بقرية في الطريق جاز فان ذلك احسن من السفر بخلاف المأذونة في السفر فان رجوعها
الى الوطن اولى من الاقامة في قرية ٥ **السادسة** اذا صادفها الطلاق في دار
اخرى او في بلدة اخرى فقال ارجعي فقالت طلقتني بعد الاذن في النقلة وانكر الزوج
الاذن نقل عن الشافعي ان القول قوله وهو القياس ولكن نقل انه ان كان النزاع مع الورثة

فالقول قولها والى الفرق ذهب ابو حنيفة وابن سريج وكان كونها في عدة مسكن النكاح
يشهد لها على الورثة لا على الزوج ومن اصحابنا من جعل المسالتين على قولين ومنهم من حملهما
على حالين فقال انما جعل القول قوله اذا كان النزاع في اصل اللفظ فان كان في معنى اللفظ
بان قالت اردت بالاذن النقلة وقال بل اردت النزهة فالظاهر تصديقها فيقبل قولها

القسم الثالث من الكتاب في الاستبراء بسبب ملك اليمين وفيه ثلثة فصول

الفصل الاول في قدر الاستبراء وشرطه وحكمه اما قدره فقرء واحد لانه نادى
منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد سبي اوطاس الا لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل
حتى تحيض وللمستبراة ثلثة احوال احداها ان تكون من ذوات الاقراء فاستبراؤها بقرء واحد
وهو الحيض لقوله صلى الله عليه وسلم حتى تحيض ولانه اذا لم يعتبر الاقراء الا واحد فليعتبر
الحيض فانه دليل على البراءة وهذا هو الجديد وفيه قول آخر انه الطهر قياسا على العدة
لان التعبد غالب عليه فلذلك يجب مع تيقن البراءة اذا اشتراها من امرأة او صبي
التفريع ان قلنا انه حيض فلا بد من حيض كامل ولا تكفي بقية حيض وان قلنا انه
طهر فهل تكفي بقية الطهر فيه خلاف لان العدة تشتمل على عدد فجاز ان يعتبر شيء
ويتم الثاني لتبين ثباته ولا يتحرى فيه الحيض مرتين ولو صادف ملكها آخر الحيض فانقضاء
طهر كامل بعده كفى على هذا القول وقيل انه لا بد من حيض كامل بعده ليحصل دلالة على البراءة
في ملكه وهذا رجوع الى ذلك القول الاول وسياقه تضعيف هذا القول **الحالة الثانية**
ان تكون من ذوات الاشهر وفيه قولان احدهما انه تكفي شهر واحد والثاني انه لا اقل من ثلثة
اشهر لانه اقل مدة ضربت شرعا للدلالة على البراءة والامور الطبيعية لا تختلف
بالرق وابو حنيفة اوجب على المستولدة اذا عتقت ثلثة اقراء او ثلثة اشهر نظرا الى حريتها
في الحال ونحن نكتفي بقرء واحد نظرا الى جهة الملك **الحالة الثالثة** ان تكون حاملا
فعدتها بوضع الحمل وان كان من الزنا لاطلاق رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله حتى تضع
ومنهم من قال لا تنقضي بالزنا كما في العدة وقيل هذا يلتفت على ان المعتبر حيضا او طهرا فان
اعتبرنا الحيض من حيث انه دليل البراءة فكذلك حمل الزنا دليل البراءة والا فلا اما حكمه
فهو تحريم وجوه الاستمتاع قبل تمامه الا في المسبية فانه لا يحرم فيها الا الوطء

لان المانع في الشرا نوقع ولد من البايع يمنع صحة الشرى ولذا الحرتى لا يمنع جريان
الرق وانما الشرا وهاهنا الصيانة لما للمالك عن الامتزاج بالحمل فيقتصر التحريم على
الوطي ومنهم من سوّى وحرم استمتاع المسبية ايضا تبعا له اما شرطه فهو
ان يقع بعد القبض ولزوم الملك في مظنة الاستحلال فلو حدثت حيضة قبل قبض
الجارية المشتراة ففيه خلاف لضعف الملك والظاهر انه تجزي للزوم الملك
نعم لا يعتد بها في الموهوبة قبل القبض وفي الموصى بها قبل القبول وفي لا اثر للقبض
في الوصية وفي مدة الخيار لا تجزي اذا قلنا الملك للبايع فان قلنا للمشتري
فهو كما قبل القبض لضعفه وان كانت مجوسية او مرتدة فاسلمت بعد انقضا
الحيض فقد انقضى في الملك ولكن لا في مظنة الاستحلال ففيه وجهان ومن خاصية
الاستبرا انه ليس من شرطه الامتناع عن الوطي بل لو وطيها انقضا الاستبرا وعصى
بالوطي فلو احبلها وهي حايض حلت في الحال اذ ما مضى كان حيضا كاملا وانقطع
بالحمل وان كانت طاهرا لم ينقض الاستبرا الى وضع الحمل

الفصل الثاني

في سبب الاستبرا وهو حلّ ملك او زواله الاول الحل فمن تجدد له ملك
على جارية هي محل الاستحلال توقف حلها على الاستبرا بعد لزوم ملكه بقي سوا
كانت صغيرة او كبيرة او حاملا او حايلا وسوا كان الملك ممن يتصور منه
شغل او لا يتصور كامراة او مجبوب او صبي وسوا كانت قد استبرئت قبل
البيع او لم تكن وقال داود لا يجب استبرا البكر وقال مالك الصغيرة التي لا توطى
لا تستبرا وقال ابو حنيفة لا يجب اذا عادت بخيار رؤية او رد بعيب او
رجوع في هبة او اقالة قبل القبض واوجب في الاقالة بعد القبض والحق اصحابنا
بزوال الملك المكاتبة اذا عجزت وعادت الى الحل لانها صارت الى حالة تستحق
المهر على السيد ولذلك تحل اخت المكاتبة ولا خلاف في ان التحريم بالصوم والرهن
لا يوثر اما زوال احرامها واسلامها بعد الردة وطلاق زوجها اياها ففيه
خلاف لتاكد هذه الاسباب ولكن ذلك في المزوجة اولى لان الزوج قد
استحق منافعها ثم يرجع الاستحقاق اليه اما اذا اشترى منكوحته الرقيقة

كان الملك عن عقد بيع او صلح او صداق او خلع
او اقالة وسوا كان ... صح

الثالث

الرفيقه ففيه وجهان احدهما انه لا يجب لان الحل دائم من شخص واحد والثاني
يجب لتبدل جهة الحل ولو باع جارية بشرط الخيار ثم رجعت اليه في مدة الخيار
فان قلنا لم يزل ملكه فلا استبرا وان قلنا زال الملك وحرم الوطي لزم الاستبرا
وان قلنا زال الملك ولكن الوطي جائز لانه فسخ فها هي يحتمل ان يقال الحل مطرد والجهة
متجددة كالطلاق وشرا الزوجة فلا استبرا ويحتمل ان ينظر الى تجدد الملك وبه
يعلل استبرا المنكوحة المشتراة **فرع** لو اشترى مزوجة او معتدة
فوجوب استبرائها بعد انقضاء العدة او بعد طلاق الزوج نصوص مضطربة
للشافعي فقال فيه قولان احدهما انه يجب وهو القياس ولا يبعد ان يتاخر الاستبرا
عن الملك الى وقت الطلاق وزوال العدة والثاني لا يجب لان الموجب حلها بملك
ولم يكن اذ ذاك في مظنة الاستحلال فهو كشرى الاخت من الرضاع لا يوجب
الاستبرا ولما حصل اصل الحل لم يجدد ملكه بحيث **السبب الثاني**
زوال الملك فنقول الجارية الموطوءة مستولدة كانت او لم تكن فهي في حكم
مستفرشة فاذا عتقت بموت السيد او بالاعتاق فعليها التربص بقرء واحد
وقال ابو حنيفة اما المستولدة فتتربص عند العتق ولكن بثلاثة اقراء نظرا
الى كمالها في الحال واما الامة فلا تتربص عليها وزاد فقال لو وطيها السيد واراد
في الحال تزويجها جاز له ذلك من غير استبرا وهذا هجوم عظيم على خلط المياه
وعندنا ان كل جارية موطوءة لا يحل تزويجها الا بعد الاستبرا وكان هذا
الاستبرا من نتيجة حصول ملك الزوج فان ملك السيد لم يزل الا انه يجب تقديمه
على الملك لان النكاح يقصد لحل الوطي فلا يمكن عقده الا حيث يستعقب الحل
واما المشتري فيستبري بعد الملك لان الشرى يقصد لاغراض مالية ولا
يقبل التحرز بسبب الوطي نعم ان عزم على الشرى قدم الاستبرا عليه **فروع**
الاول لو استبرى المفترشة استبرا تسلط على التزويج فعتقت قبل التزويج او
باع واراد المشتري التزويج او اعتق المشتري قبل الوطي واراد التزويج ففي جواز
ذلك ثلاثة اوجه احدها وهو الظاهر انه يجوز اذ كان يجوز قبل زوال الملك

يحتمل م

المشتراة

الوطي

فقط بان العتق والشرى لايحرم تزويجها كان جائزا والثاني انه لا يجوز لان زوال ملك الفراش سبب يوجب عدة الاستبراء وقد طرى واتسع بهذا الحال الطارى حتى تزول والثالث ان ذلك يمتنع في المستولدة دون الرقيقة لانها بالمفترشة اشبه ٥ الثاني المستولدة المزوجة اذا طلقها زوجها واعتدت فاعتقها السيد قبل الوطى واراد تزويجها فهل له ذلك فيه قولان احدهما نعم اذ كان يجوز قبل العتق والثاني لا لان عتقها هو زوال ملك الفراش وقد صارت مستفرشة له بانقضاء عدتها وان لم يطاها اذ عادت الى فراشه اما اذا قال انه حرة مع اخر العدة فها هنا لم يرجع الى فراشه فمنهم من قطع بجواز التزويج ومنهم من طرد القولين وجعل مجرد زوال الملك عن المستولدة سببا للعدة ٥ الثالث اذا اعتق المستولدة المزوجة وهي في صلب النكاح او عدته فالظاهر ان الاستبرى لا يجب لانه ليس الزائل فراشه بل هو فراش الزوج وفيه قول انه يجب لزوال ملك السيد وقد كانت مستفرشة من قبل فان اوجبنا في العدة فلا يخفى انهما لا يتداخلان وسقط النظر في التقديم والتاخير كما سبق ٥ الرابع اذا اعتق مستولدته واراد ان ينكحها في مدة الاستبرى ففي جوازه خلاف والاظهر جوازه كما لو وطيها بالشبهة واراد ان ينكحها والثاني المنع لان زوال الملك اوجب تعبدا بالاستبرى ولذلك يمنع من التزويج من الغير على وجه مع انه كان جائزا قبل العتق ٥ الخامس المستولدة المزوجة اذا مات زوجها وسيدها جميعا فان مات السيد اولا فعليها عدة الوفاة اربعة اشهر وعشرا وان مات الزوج اولا فعليها نصف ذلك فان استبهم الامر فعليها الاخر بالاحوط وذلك ظاهر اذا وقعا على الصحيح فانه ليس عليها استبرى للسيد فان اوجبنا فبعد مضي عدة الوفاة لابد من شهر اخر الا اذا كانت من ذوات الاقراء فيكفيها حيضة ان جرت في مدة العدة فان لم تجر فلابد منها بعد العدة وان ماتا معا فلا استبرى لانها ما عادت الى فراشه والظاهر ان عدتها شهران وخمس بخلاف ما لو تقدم موت السيد بلحظة على موت الزوج وفيه وجه انها لو اعتقت في اثناء العدة ايضا استكملت عدة الحرائر واذا اعتقت مع

يعني لا يسئل الى حلفها ان ادعت الحيض

اواسيل

موته فهو اولى بذلك **قاعدة** تجوز اعتماد قولها اني حيض ولا يسئل الى تحليفها اذ لا يرتبط سكوتها حكم فان السيد لا يقدر على الحلف اذ لا اطلاع له على حيضها ولو امتنعت عن غشيانه ورفعته الى القاضي فقال قد اخبرتني بالحيض فلا وجه لتهديد السيد وتسلطه اذ لو كان لها المخاصمة لوجبت الحيلولة بينهما كما في وطي الشبهة فلا استبرى بد من التقوى مفوض الى السيد وذكر القاضي انه لا يبعد ان يكون لها المخاصمة والدعوى في ان الجارية الموروثة لو ادعت ان المورث وطيها وطيا محرما على الوارث فللوارث ان لا يصدقها وهل لها تحليفه فيه خلاف فكذلك هذا ويتايد بوجه ذكر في ان لها الامتناع عن وقاع السيد الابرص فيشعر بانها صاحبة حق على الجملة ٥

الفصل الثالث فيما تصير به الامة فراشا فنقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش فاذا اشترى جارية فاتت بولد قبل ان يطاها فلا يلحق اذ لا فراش وتصير فراشا بالوطي وانما يلحقه الولد اذا استلحقه او اتت به لزمان يحتمل ان يكون منه بعد الوطي وسبب الفراش بان يقر بوطي عري عن دعوى الاستبرى ودعوى العزل والصحيح ان دعوى العزل لا ينفي الولد لان الما سباق لا يدخل تحت الاختيار والصحيح انه لو اقر بالوطي في غير المانا لا يلحق الولد به اما اذا قال وطيها واستبراتها بحيضة بعده فالمذهب انه ينفى عنه الولد بغير لعان لان فراش الامة ضعيف ومنهم من قال لا ينفى الا باللعان فان فرعنا على المذهب فانكرت فالقول قوله وكانا نقول لم يقر اقرارا ملحقا وان كانت هي المومنة في حقها ولو ادعت امية الولد فلها تحليفه ثم فيه وجهان احدهما انه يحلف انها حاضت بعد الوطي وما وطيها بعد الحيض والثاني انه يضيف الى ذلك ان الولد ليس منه حتى ينتفي ولو اتت بعد الوطي بولد لاكثر من اربع سنين فمقتضى قولنا انها صارت فراشا انه يلحقه فان قلنا انه ينفى بدعوى الاستبرى فهذا اظهر وان قلنا لا ينفى فهذا فيه تردد وعلى الجملة هذا بالنفي اولى من الاستبرى ويتفرع من هذا انها لو اتت بولد ثم اتت بولد اخر لاكثر من ستة اشهر من الاول فانه ولد بعد الاستبرى بالولد الاول فمنهم من قال انه يلحق اذ صارت فراشا ومنهم من قال لا اذ ليست لها عهد الشافعي في حكم المستفرشة وهذا يلتفت على ان المستفرشة اذا طلقها زوجها هل تعود فراشا

الولد

حاشية
ذكر في الوجيز ان منشا هذا التردد انها هل تصير فراشا بمجرد الاقرار بالوطي على العموم او بواحد فيها بما يقتضيه هذا الاقرار فحسب فيكون ذلك مقصورا على الولد الحاصل من الوطي المقربه

بمجرد الطلاق حتى تحل الا تستبرى بعتقها قبل الوطي فان قلنا تعود فراشا الحقه الولد
من غير اقرار جديد بالوطي لانه ممكن الاصح انها لا تعود فراشا ۞ فرع اذا استبرى زوجته
واتت بولد لزمان يحتمل ان يكون في النكاح وفي ملك اليمين فيلحقه الولد اذ الامة لا تنحط
عن البائنة ولكن لا تصير ام ولد اذ لم يعرف بوطي الملك وفيه وجه انها تصير ام ولد
لانها ولدت منه في ملكه وهو بعيد نعم لو اقر بالوطي واحتمل ان يكون من النكاح وملك اليمين
فيحتمل تردد في امية الولد ووجه اثباته ان يقال ملك اليمين مع الاقرار بالوطي يثبت فراشا
ناسخا لفراش النكاح فيحال الولد على الناسخ ويمكن ان يقال ملك اليمين لا يقوى على نسخ فراش
النكاح وينبني عليه تردد في ان زوج الامة اذا طلقها قبل المسيس واقر السيد بوطيها واتت
بولد لزمان يحتمل ان يكون منهما فيحتمل ان يلحق بالسيد لان فراشه ناسخ ويحتمل ان يعرض على
القائف ۞۞

كتاب الرضاع

والاصل فيه قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم الاية ۞ وقال صلى الله عليه وسلم يحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب ۞ وفي الكتاب اربعة ابواب ۞

الباب الاول

في اركان الرضاع وشرائطه اما الاركان فثلثة المرضع واللبن والمرتضع اما المرضع فهو
كل امراة حية تحتمل الولادة واحترزنا بالمراة عن البهيمة والرجل فلو ارتضع صغيران
من بهيمة فلا اخوة بينهما لان الاخوة تبع للامومة وقال عطا تثبت الاخوة ولو در لبن من
ثدي الرجل فلا اثر له وفيه وجه انه كلبن المراة والصبية بنت ثمان اذا در لبنها فلا حكم (سنين صح)
له بل هو كلبن الرجل وفي لبن البكر وجهان احدهما انه محرم لانها في محل الولادة وان لم
تلد قطعا والثاني انها كالرجل اذ اللبن فرع الولد ولا ولد اما لو اجهضت
جنينا فلبنها موثر واذا در لبن لصبية بنت تسع سنين وقلنا يعتبر لبن البكر اعتبر
ذلك لاحتمال البلوغ ثم لا نحكم ببلوغها بمجرد اللبن كما يلحق الولد بابن تسع سنين ولا نحكم
ببلوغه واما المراة الميتة اذا بقي في ثديها لبن فلا يوثر لبنها لانها جثة منفكة عن الحل
والحرمة كالبهيمة نعم لو حلب في حياتها وارتضع بعد الموت كان محرما على المذهب
وفيه وجه انه لا يحرم لان الميت لا يحتمل ابتداء الامومة ۞ الركن الثاني اللبن
والمعتبر عندنا وصول عينه الى الجوف وان لم يبق اسمه حتى لو اتخذ منه جبن
او اقط او فصل منه زبد فاكله الصبي حرم ولم يتبع الشافعي اسم اللبن وان اتبع
اسم الرضاع وعول على الجزئية ولو اختلط بمائع وهو غالب حرم وان كان مغلوبا

131

حيث لا يظهر له لون وطعم فان اختلط بماء ورد القلتين وشرب الصبي جميعه ففيه قولان احدهما لا يحرم لانه قد امحق والثاني نعم لان العين باقية فيه وقد وصل الى الجوف فعلى هذا لو شرب بعضه فوجهان احدهما يحرم لانه مثبت في الجميع والثاني لا فلعله في الباقي والوجه القطع بانه يعتبر بعض الاختلاط وان شك فالاصل عدم التحريم اما اذا اختلط بقلتين فالترتيب على العكس وهو انه ان شرب بعضه لم يحرم وان شرب جميعه فقولان مرتبان على ما دون القلتين واولى بان لا يوثر ثم لم يعتبر القلتين في سائر المائعات بل في الماء خاصه واعتباره بعيد وقال الشيخ ابو حامد المغلوب يعني به الذي لا يوثر في التغذيه لا الذي لا يوثر في اللون **الركن الثالث** المحل وهو جوف الصبي الحي ولا يوثر الايصال الى جوف الميت ولا الى جوف الكبير ويعني بالجوف المعده ومحل التغذيه لان الرضاع ما انبت اللحم وانشر العظم فلو وصل الى جوف لا يغذي كالمثانه والاحليل بحيث لا يقطر لا يوثر وحيث يحصل الافطار ففي تحريم الرضاع قولان وفي السعوط طريقان منهم من طرد القولين ومنهم من قطع بالحصول لان الرضاع الدماغ له مجرى الى المعده فينتهي اليها بخلاف الحقنه **اما الشرط** فهو اثنان **الاول الوقت** فلا اثر للرضاع بعد الحولين عند الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع الا في الحولين ولقوله تعالى حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعه ولا حكم لما بعد التمام وقال ابو حنيفه ثلثون شهرا وقال ابن ابي ليلى ثلاث سنين وقال داود ابدا وبه قالت عايشه رضي الله عنها واستدلت بان سهله ابنت سهيل قالت كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل علينا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضعيه خمس رضعات ففعلت وكان كبيرا وابى سائر الصحابه ذلك وقالوا كان ذلك رخصه خاصه لسالم **فرع** لو شككنا في وقوع الرضاع في الحولين فيقرب من تقابل الاصلين اذ الاصل بقا الحولين والاصل عدم التحريم والاظهر انه لا تحريم فانه الاصل في الماسح اذا شك في انقضا المسح فله الاصل وجوب الغسل لا بقا المده

الشرط الثاني العدد ولا تحريم الا خمس رضعات لقول عايشه رضي الله عنها

ابرلت عشر رضعات محرمات فنسخن بخمس رضعات وقال ابو حنيفه تحرم رضعه
وقال ابو ثور وابن المنذر لا تحصل بثلاث رضعات ثم النظر في امرين احدهما في التعدد
وانما يتعدد بتخلل فصل بين الرضعتين ويتبع فيه العرف وموجب التمييز ولا يسقط
التواصل بان يلفظ الصبي الثدي ويلهو لحظه ولا بان يتحول من ثدي الى ثدي لان ذلك
امام رضعه واحده وانما يقطع بالاضراب ساعه والعرف هو المحكم وعند
الشك الاصل نفي التحريم اما اذا حلبت اللبن دفعه وشربه الصبي في خمس دفعات
فقولان احدهما حصول العدد نظرا الى تقطع الوصول والثاني انه ينظر الى اتحاد
الحصول والانفصال وان حلبت خمس دفعات وناوله الصبي من انا واحد دفعه
فهو رضعه وان ناوله دفعات فطريقان منهم من قطع بالتعدد لتعدد الطرفين
ومنهم من قال اللبن في حكم المتحد لما ان احتلب وخلط **النظر الثاني**
ان تعدد المرضع وتحد الفحل كالرجل له خمس مستولدات او اربع نسوه ومستولده
ارضعن بلبانه صغيره كل واحده مره لا تحصل الامومه وهل تحصل الابوه للفحل
فيه وجهان مشهوران احدهما انه لا تحصل لان الامومه اصل والابوه تبع والثاني تحصل
لان الابوه ايضا اصل وقد حصل العدد في حقه ولو كان له خمس بنات فوجهان من بنات
واولى بان لا تحصل لان اللبن ليس منه حتى نقول كانه المرضع وهي كالظروف
للبنه ان البنات كبنت واحده موجه والاخوات كالبنات واذا ثبت المحرمه
مع ابنه الجدات الله ولو كن مختلفات كام واخت وبنت وزوجه وجده فالظاهر
انه لا تحرم لان هذا المجموع لا تحصل منه قرابه واحده يعبر عنها بعباره وقيل
تحرم اذ لو استقلت كل واحده خمسا لحرمت **فرع** يتعين تخلل فصل بين رضعات
الزوجات فلو ارضعن دفعه على التواصل فوجهان احدهما انه يتعدد لتعدد المرضع
والثاني انه يتحد كتعدد الثدي من واحده لان الصبي ان يصح واحده دفعه فعلى
هذا لو عادت واحده وارضعت رضعا حرم عليها لانها كملت الخمس ومن وجه انه لا يحرم
لان الرضعه الاولى لم تحسب رضعه تامه ولو حسبت لحصل التحريم بالمجموع وهذا
ضعيف **الباب الثاني فيمن تحرم من الرضاع** ويحرم من الرضاع
اصول وفروع الاصول ثلثه المرضعه وهي الام وزوجها وهو الاب والمرتضع وهو
الولد ومنهم تنتشر الحرمه الى الاطراف حتى يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب

بيانه اذا حرم على المرتضع المرضعه حرم عليه امهاتها نسبا ورضاعا فانهن جداته
وحرم عليه اخواتها نسبا ورضاعا فانهن خالاته ولم يحرم عليه بنات اخواتها
فانهن بنات الخالات والاخوال وحرم عليه بناتها نسبا ورضاعا فانهن اخوات
المرتضع وحرم اولاد بنات المرضعه قربن او بعدن من النسب والرضاع فانه خالهن
ولما حرمت المرضعه على المرتضع حرمت على اولاده من النسب والرضاع فانهم حوافدها
ولم يحرم على اب المرتضع فلو يزوجها ابوه فكانه يزوج بام الابن ولا منع منه ولو يزوج
اخوه بها فلا منع وكانه تزوج بام الاخ وهو جايز وانما لا يجوز في النسب لانها زوجه
الاب وذلك حرام لحكم المصاهره وهذا القياس بعينه جار بين المرتضع والفحل فاذا
كان هو المرتضع ابا فابوه جد واخوه عم وابنه اخ وعلى هذا القياس والاصل في الفحل
ان عايشه رضي الله عنها احتجبت من افلح فقال النبي صلى الله عليه وسلم ليلج عليك فانه عمك
وكان هذا رضعت من زوجه اخيه ولا تخالف الرضاع النسب الا في ام الاخ من الرضاع وام
ام الابن من الرضاع فانهما لا تحرمان من الرضاع وانما تحرمان من النسب للمصاهره والزوجيه

فصل في مسايل تتعلق بالفحل خاصه فنقول انما تثبت الحرمه من الفحل
اذا ارضعت بلبانه وثبت اللبن بنسب الولد وكل ولد منفي عنه فاللبن الحاصل بسببه منفي
عنه كولد الزنا والولد المنفي باللعان واما لبن المولود من وطي الشبهه فالصحيح انه منسوب
اليه كالولد وقد نقل فيه قولان وجه ان النسب يثبت للضروره والعده ولا ضروره في الرضاع
وكذا اطردوا هذا القول في المصاهره فرع ان احدهما لو وطيت المنكوحه بالشبهه
واتت بولد فحبس يعرض على القايف وفرعنا على الصحيح في ثبوت الرضاع بوطي الشبهه
فالرضاع يتبع النسب فاذا ارضعت صغيرا فهو ولد من الحق القايف به المولود فان لم
يكن قايف وبلغ المولود وانتسب الى احدهما تبعه المرتضع في الرضاع فان مات قبل
الانتساب ففي الرضيع ثلثة اقوال احدها انه ينتسب بنفسه كالولد ولكن هو ينتسب
عند عدم الولد والثاني انه لا ينتسب لان الولد ينبني على ميل في الطبع بقضيه الخلقه
وذلك لا يتحقق في الرضيع فعلى هذا نسبه من الرضاع مبهم بينهما فيحرم عليه امهما واصلهما
اباه ويحرم عليه مواصلتهما جميعا وهذا هو الاصح والثالث ان الامر موقوف والحرمه
قايمه وعليه ان لا يواصلهما ولكن له مواصله احدهما فاذا فعل تعين ولم يجز له

بعد ذلك جمعهما

يعني اخواتها

من الرضاع

ووجهه بثبوتهما

ينبني

الى ما حصه

بعد ذلك مواصلة الثاني وان طلق الاول في قرية وجه ان له مواصلة الثاني مهما
طلق الاول وانما يحرم عليه الجمع لانه سبب التحريم عند الجمع لا عند الافراد وفي
المسالة قول اخر انه سبب نسبة في الرضاع منهما لانه يحتمل التوارث من الرضاع
ولا يحتمل من النسب وهذا ضعيف الا ان يراد به شمول التحريم فذلك صحيح الفرع
الثاني اذا طلق زوجته ولها لبن دار فهو منسوب اليه ابدا وكذلك لو انقطع وعاد ما لم
تضع حملا من واطئ اخر وقيل انه بعد اربع سنين وهو اقصى مدة الحمل وهو فاسد
لان اللبن لا يتقدر مدته ومهما وضعت حملا لاخر من واطئ اخر في شبهة او نكاح انقطع
به نسبة اللبن عنه اما في مدة الحمل في النكاح الثاني فهو منسوب الى الاول ان قال اهل
البصر لم يدخل وقت درور اللبن من الثاني وان قالوا دخل وقته نظر فان كان اللبن لم ينقطع
ففيه ثلاثة اقوال احدها انه للاول استصحابا والثاني انه لهما والثالث انه ان زاد اللبن فهو
لهما والا فهو للاول اما اذا كان انقطع وعاد بالحمل ففيه ثلاثة اقوال احدها انه للاول اذ لم
يطرأ قاطع معلوم ولا سيما بقول اهل البصر ان ذلك جائز ولا بانقطاع اللبن والثاني انه
للثاني لان الحمل ناسخ والثالث انه لهما جميعا

الباب الثالث

في بيان الرضاع القاطع للنكاح وحكم الغرم فيه ويشتمل هذا الباب على غوامض
الكتاب ولا بد من تقديم اصلين احدهما في الغرم والثاني في اتفاق المصاهرة بالرضاع
الاول في الغرم فاذا كان تحته صغيرة فارضعتها امه او امراته بلبنه حرمت زوجته
الصغيرة وانقطع النكاح وعلى الزوج نصف المسمى قبل المسيس وجميعه حيث سقط
النكاح لمثله بعد المسيس واما المرضعة فقد فوتت ملك النكاح عليه فلا بد ان تغرم
وقد نص الشافعي ان عليها قبل المسيس نصف مهر المثل ونص في شهود الطلاق اذا رجعوا
انه يغرمون جميع مهر المثل فقيل قولان في المسالتين بالنقل والتخريج نظرا في احدهما الى
ان المستقر هو النصف وفي الثاني وهو الاصح ان الملك بكماله مستقر وانما سقط الشطر
بالطلاق فيجب جميع المهر ومنهم من فرق بان الشهود لم يقطعوا ملكه باطنا وانما اوقعوا
حيلولة والارضاع قطع النكاح والقطع قبل المسيس لا يوجب الا النصف ومنهم
من قرر النص في الشهود وخرج منه قولا في الرضاع انه يجب التمام وهو متجه في القياس
وذكر بعض اصحابنا قولين اخرين احدهما انه يغرم نصف المسمى لان الذي كان على الزوج

خرج في الشهود بالطلاق خمسة اقوال وفي المرضعة خرج اربعة اقوال

133

متقوما

متقوما اما البضع فلا اسقوم وهو مذهب ابي حنيفه و الثاني كمال المسمى لانه الذي بذل
الزوج اذا لم يسقط خاصه الزوج وفي الشهود فوات خاصته ان الزوج ان كان قد بذل كمال
المسمى وجب كمال المسمى لان الزوج متمكن للطلاق ولا امكنه استرداد شطر المسمى اما اذا
جرى بعد المسيس بان كان تحته كبيره وصغيره فارضعت ام الكبيره الصغيره حتى
صارتا اختين حرم جمعهما اذ وقعنا على الصحيح وفيما تغرم لاجل الكبيره الممسوسه
قولان الصحيح المقطوع به انها تغرم كمال مهر المثل والثاني انها لا تغرم شيئا لان الزوج
بالوطي استوفى ما يقابل المهر ولذلك اذا ارتدت بعد المسيس لم تغرم شيئا وهذا كله
اذا كان الرضاع منها قصدا فلو كانت المرضعه نايمه فدبت الصغيره اليها وامتصت
فالفسخ محال على الصغيره حتى سقط كمال المسمى ولا تغرم المرضعه لعدم القصد
ولا خلاف في ان فعلها في الارتضاع لا يعتبر مهما كانت المرضعه قاصده بل يحال على
جانب المرضعه وذكر الشيخ ابو علي في النايمه وجهين اخرين احدهما انه يحال على المرضعه
لانها صاحبه اللبن فينسب اليها وهذا ضعيف والثاني انها لا تغرم لانها لم تقصد وتستحق
الصغيره نصف المسمى اذ لا عبره بفعلها اما اذا اوطرت قطره من اللبن فطيرتها الريح
الى فم الصغيره فلا الغرم على صاحبه اللبن والصغيره تستحق شطر المهر اذ لا فعل
لها ويرجع وجه في النظر الى صاحبه اللبن **الاصل الثاني** في انتفاء
المصاهره بالرضاع فنقول اذا ارضعت امراه صبيه فنكح الصبيه رجل حرمت عليه
المرضعه لانها ام زوجته والاموميه سابقه على الزوجيه ولو نكح رضيعه وابانها
فارضعتها كبيره حرمت الكبيره على المطلق لانها صارت ام صغيره كانت زوجته اذ
لا نظر الى التاريخ والتقديم والتاخير وهذا متفق عليه والمطلقه او المستولده
اذا نكحت صغيرا وارضعته بلبن الزوج او السيد حرمت على المطلق او السيد
لان الرضيع صار ابنا وهي كانت زوجته قبل ان صار ابنا وكذلك لو نكح زيد كبيره وعمرو
صغيره ثم طلقتا ونكح كل واحد زوجه صاحبه فارضعت الكبيره الصغيره حرمت
الكبيره عليهما لانها صارت ام الصغيره وهي زوجتهما واما الصغيره فان لم يكن

فدبت

ارضعته

الها حابره
على الابن المرتضع

و لو نكح رجل مطلقه ابيه صغيره بالزوج

لما كانت تحته فنكاح الصغيرة باق لانها ربيبة امراة لم يدخل بها وان كان
قد دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة وا

زيد قد دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة وانفسخ النكاح لانها ربيبة مدخول
بها فاذا مهدنا هذا الاصل فانه تتشعب منهما صور **الصورة الاولى**
اذا كانت تحته صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة بلبان الزوج حرمتا
عليه على التابيد لان الكبيرة صارت ام الزوجة الصغيرة والصغيرة صارت
ولدا للزوج وان ارضعتها بلبان غيره وكان بعد الدخول بالكبيرة حرمتا على التا
بيد لان الكبيرة صارت ام الزوجة والصغيرة ربيبة مدخول بها وان كان قبل الدخول
حرمت الكبيرة مؤبدة كما سبق وانفسخ نكاح الصغيرة لانها اجتمعت مع الام
في النكاح ولا تحرم بل تجدد نكاحها لانها ربيبة غير مدخول بها اما الغرم فان ظهر
فعلها سقط مهرها وغرم مهر الصغيرة كما سبق **الصورة الثانية**
لو كان تحته كبيرة وثلث صغاير فارضعتهن دفعة بان حلبت اللبن واوجرتهن
دفعة حرمت الكبيرة على التابيد لانها ام زوجاته وانفسخ نكاح الصغاير لمعنيين
احدهما ثبوت الاخوة بينهن والثاني اجتماعهن مع الام في النكاح ولم يحرمن على التابيد
لان تحريمهن بسبب الاجتماع ولكن يشترط ان لا يكون الارضاع بلبان الزوج وان لا يكون
قبل دخوله بالكبيرة حتى لا يصرن ربائب مدخول بها وان ارضعت الاولتين ثم الثالثة
انفسخ نكاحهما مع الاولتين ولم ينفسخ نكاح الثالثة اذ لم يبق في نكاحه امراة حتى
يمتنع الاجتماع ولو ارضعت واحدة فواحدة على الترتيب انفسخ نكاح الكبيرة مع
الاولى ولم ينفسخ نكاح الثانية في الحال وهل ينفسخ مع نكاح الثالثة وقد
ارضعتها وتحته الصغيرة الثانية فيه قولان احدهما نعم وهو القياس لانهما
اختان ليست احداهما بالاندفاع اولى من الاخرى والثاني انه يختص الثالثة
باندفاع نكاحها لان سبب الجمع وجد بارتضاعها وعند ذلك لو ارضعت اجنبية
صغيرتين تحت زوج واحد على التوالي اندفع نكاح الثانية وفي الاولى القولان
وعند ذلك لو ارضعت ام احدى الصغيرتين الاخرى انفسخ نكاح المرضعة وفي
الاخرى القولان والاصح في الكل الاندفاع وهو اختيار المزني ولو كان تحته

ارضع صغاير لجاءت بلك خالات للزوج من جهة الاب والام وارضعت
كل واحدة واحدة لم ينفسخ نكاحهن للبنات لانهن صرن بنات الخالات فلو جاءت بعد
ذلك ام الزوج او امراة ابي ام الزوج وارضعت الرابعة حرمت هي مؤبدا لانها
صارت خالة الزوج وصارت خالة للصغاير الثلاث اذ صارت اختا للخالة التي
ارضعتهن واخت الخالة خالة فينفسخ نكاحها اما انفساخ نكاح الثلاث
وهن بنات اختها فقد اجتمعن في النكاح معا قولان لان سبب الجمع لحقوقهما
اجزاء **المسالة** بحالها لو كان الخالات متفرقات احداهن للاب والاخرى
للام والاخرى للاب والام وجاءت ام الزوج وارضعت الرابعة انفسخ نكاحها
واما الصغاير الثلاث فالتي ارضعتها الخالة للاب لا ينفسخ نكاحها لان الخؤولة
للرابعة حصلت من جهة انها ام ام الزوج والخالة للاب لا تتصل بها ه **المسالة**
بحالها لو جاءت امراة ابي ام الزوج وارضعت الرابعة بلبان ابي ام الزوج ينفسخ
نكاحها لانها صارت خالة الزوج وهل ينفسخ نكاح الثلاث اما التي ارضعتها الخالة
للاب ففي انفساخ نكاحها قولان ولا ينفسخ نكاح التي ارضعتها الخالة للام لانها
اجنبية منها لان الخؤولة ثبتت لها من جهة ابي ام الزوج وهي خالة من جهة
ام ام الزوج وتخرج على هذه القاعدة بنات عمات مجتمعات او متفرقات وفرض
ارضاع الرابعة من ام ابي الزوج او امراة ابي ابي الزوج ه **الصورة
الثالثة** تحته كبيرة وثلث صغاير وللكبيرة ثلث بنات كبار فارضعت
كل بنت كبيرة صغيرة فان كان بعد الدخول حرمت الكبيرة مؤبدا لانها صارت
جدة الصغاير وحرمت الصغاير مؤبدا لانهن ربايب مدخول بها وان كان
قبل الدخول انفسخ نكاحهن ولم تحرم على التابيد الا الكبيرة فانها ام ام الزوجات
وانما ينفسخ اذا جرى الارضاع دفعة من غير توال وان جرى على التوالي انفسخ
نكاح الاولى مع الام ولا ينفسخ نكاح الثانية والثالثة وان حلبن اللبن
في ظرف واحد فارضعن دفعة اندفع نكاح الكل والمرضعات يشتركن في

غرامة مهور الصغائر في هذه الصورة لامتزاج اللبن فان انفردت كل واحدة
بالارضاع معا انفردت كل واحدة بغرامة مهرها واستركن في غرامة مهر
الكبيرة اذ كل واحدة اتت بعلة كاملة في دفع نكاحها الصورة الرابعة
نكح كبيرتين وصغيرتين فارضعت كبيرة بلبانه الصغيرتين على الترتيب وكذلك
فعلت الكبيرة الثانية حرمت الكبيرتان والصغيرتان على الابد غير ان الكبيرة
لما ارضعت الصغيرة الاولى انفسخ نكاح نفسها ونكاح تلك الصغيرة لانها صارت
أم الزوجة وصارت الصغيرة بنتا ولما ارضعت الثانية فسد نكاح الثانية لانها ايضا
صارت بنتا فيسقط الكبيرة ان كان قبل الدخول وتغرم مهر الصغيرتين كما سبق
واما الكبيرة الثانية لم تفسد الانكاح نفسها ولا مهر لها ولا شيء عليها اما اذا لم يكن
بلبان الزوج فلا تنفسخ الصغيرة بنتا الربيبة ولا يخفى حكمها قبل الدخول وبعده وحكم
الاندفاع بالاجتماع قبل الدخول

الباب الرابع في النزاع

والنظر في الدعوى والحلف والشهادة اما الدعوى فان توافقا على الرضاع حكم
باندفاع النكاح ولا يجب الا مهر المثل ان جرى مسيس وان ادعى احدهما فهي موجب
قوله فيما عليه وطولبت بالبينة فيما له فان ادعى الزوج اندفع النكاح ولم يسقط
مهرها بقوله وان ادعت المرأة سقط مهرها ان لم يكن قبضت وان جرى القبض فلا
تقدر الزوج على الاسترداد لانه منكر للرضاع اما التحليف فالمنكر يحلف على نفي
العلم بالرضاع لان الرضاع فعل الغير ولا نظر الى فعلها في الارتضاع لانها كانت
صغيرة وان نكلت حلف الزوج على البت بالرضاع وقال القفال يحلف على العلم
بالرضاع ليطابق اليمين المردودة نفسها على البت والصحيح ان ذلك ذكره
على سبيل الاستحباب والا فاذا حلف على الرضاع جزما كفى اما
الشهادة فلها اطراف الاول عدد الشهود وصفتهم ولا بد من اربع نسوة
وقال مالك تكفي اثنتان ويقبل شهادة النسوة وحدهن وقال ابو حنيفة لا بد من
رجلين او رجل وامرأتين ولو شهدت ام المرأة وابنتها لم تقبل ان كانت هي المدعية وان
كانت منكرة قبل عليها ولو ابتدأ بالشهادة من غير دعوى على سبيل الحسبة

قبل اذ ربما يكون عليها وربما يكون لها وشهادة الحسبة تقبل في الرضاع كما في الطلاق وتقبل شهادة المرضعة وان شهدت على فعلها اذ ليس تقصد اثبات الفعل بل وصول اللبن الا اذا كان عوضا الاجرة فلا تقبل وقال الفوراني لو شهدت على انها ارضعت منع قبلت ولو قالت اشهد اني ارضعتها فلا تقبل لفساد الصيغة المطرف الثاني في التحمل ويحصل ذلك بان يشاهد الصغير قد التقم الثدي وهو يحرج وفي حجرته حركة فيحصل العلم بوصول اللبن الى جوفه من قرينة الحال والظن الغالب كالعلم كما في الشهادة على الملك ولكن عند ادا الشهادة ينبغي ان يجزم القول بان بينهما رضاعا محرما فان شهد على الارضاع فلم يذكر شرائطه من الوقت والعدد وهل يجب ذكر وصول اللبن الى الجوف فيه خلاف ولا شك في ان القاضي لو استفصل فعليه ذلك ولكن لو مات الشاهد قبل التفصيل فهل للقاضي التوقف فيه وجهان ومن اكتفى بدون ذلك علل بان الوصول الى الجوف لا يرى بخلاف ولوج الالة في الزنا فانه يرى ولا خلاف في انه لو حكى القراين التي شاهدها في الرضاع لم يقبل وان كان ذلك هو مستند علمه

كتاب النفقات

والاسباب الموجبة للنفقة هي ثلثة الزوجية والقرابة وملك اليمين السبب الاول الزوجية وعلى الزوج النفقة بالاتفاق وهي ستة اشيا الطعام والادم والكسوة والسكنا واله التنظيف كالمشط والدهن والخادمة ان كانت ممن تخدم ثم الخادمة تستحق الطعام والادم والسكنا والكسوة وتستحق الخف لتردد في الخروج والمراة لا تستحق الخف بل المكعب للتردد في المسكن ولا تستحق الخادمة الة التنظيف ولا تستحق الزوجة المعالجة بالدوا والفصد والحجامة ونشرح هذه الامور مع مسقطات النفقة في ثلثة ابواب

الباب الاول في قدر النفقة وكيفية الانفاق وشرحه في فصلين

الفصل الاول في المقدار والكلام في هذه الاشيا المذكورة وهي ستة الواجب الاول الطعام وهو مد على المعسر ومدان على الموسر ومد ونصف على المتوسط وقال ابو حنيفة لا تقدير بل الواجب قدر الكفاية كنفقة القريب ونقل الشيخ ابو محمد قولا غريبا على موافقته ونقل صاحب التقريب قولا ان الزيادة على المد لا تقدير له فهو الى نظر القاضي

الى اهل له

ملح سماء

تكليف الزوجين

والمذهب هو الاول ومستنده ان اعتبار الكفاية لا يصح مع انها تستوي في يوم مرضها
وشبعها فاذا بطل الكفاية فاقل طعام اوجبه الشرع المد في الكفارات وهو القدر الذي
يجتزي به الزهيد ويتبلغ به الرغيب واقصاه مدان اوجبهما الشرع في الفدية والوسط
ما بينهما وقد بينا ان ذلك يختلف لقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فتقدير
الله اولى من تقدير القاضي واحسن مستند لتقدير الشافعي تقدير الشرع وانما نظر الى حال
الزوج عندنا في العجز والقدرة لا الى حاجتها والمعسر هو الذي لا يملك شيئا اصلا فعليه مد ولا
يزيد وان كان قادرا على كسب الزيادة فان خرج عن حد استحقاق سهم المساكين بملك مال
نظر فان كثر فهو موسر وان كان بحيث لو الزمناه المدين لاوشك ان يرجع الى حد المساكين
فهو متوسط فعليه مد ونصف وليس على المكاتب والعبد الا نفقة المعسرين وكذلك من
نصفه حر ونصفه عبد وقال المزني عليه نصف نفقة المعسرين ونصف نفقة الموسرين
هذا حكم المقدار اما جنس الطعام فغالب قوت البلد فان اختلف فما يليق بالزوج فان كان حال
الزوج يخالف الغالب فهذا في محل التردد ه الواجب الثاني الادم وقد قال الشافعي
مكيلة زيت او سمن وهذا تقريب اذ لا تقدير للشرع فيه وانما الواجب ما يكفي مع المد والمدين
والرجوع في الجنس الى الغالب في البلد واللائق بحال الزوج واما اللحم فقد قال الشافعي رطل
من اللحم في الاسبوع ان كان الواجب مدا ورطلان للمدين قال العراقيون بنا الشافعي هذا على عادة بلده
الفقها فان اقتضت عادة بلدة اخرى زيادة على ذلك فيعطى ان زاد وقال القفال لا زيادة
عليه لانا نقتصر على الاقل كما في الطعام ه فرعان احدهما لو كانت تزجي الوقت
بالخبز القفار فلا يسقط حقها من الادم كما اذا لم تاكل الطعام فانها تستحق الطعام ه
الثاني لو تبرمت بجنس واحد من الادم فيجب على الزوج ابداله على وجه ولا يجب في
وجه بل عليها الابدال ان شاءت ه الواجب الثالث الخادمة ونجب نفقة خادمها
اذا كان منصبها يقتضي ان تخدم وان كان لا يليق بمنصبها ان تخدم وانما تخدم لمرض فلا يجب
اذ لا يجب اسباب المعالجة فان كان بها زمانة او مرض دايم وهي لذلك تحتاج الى الخادمة
فهذا محتمل لان هذا العذر الدايم لا ينقص عن مراعاة الحشمة ثم على المعسر للخادمة
مد وعلى الموسر مد وثلث كذلك قاله الشافعي وهو تقريب لا تقدير اذ لا تقدير فيه للشرع
نعم هو رطلان وهو لا يوافق العادة في حق الخادمة والصحيح ان ينظر الى كفايتها الا ان هذا القدر
قدر الكفاية في الغالب وفي استحقاقها الادم وجهان احدهما نعم كالخبز ومنه ولكن يجوز ان يكون

136

اخشن

ادمها في الجنس اخشن وفي المقدار مايليق بقدر طعامها والثاني انها لا تستحق بل تكتفي بما يفضله المخدومه في بعض الاحوال **فروع** الاول اذا لم تملك الخادمه فعلى الزوج ان يخدمها اما جاريته او حره باجرة تقدر عليه وعند ذلك لم يكن لها دخل في مقدار نفقه الخادمه انما يكون ذلك اذا كانت الخادمه لها وليس عليه ان يشتري لها جاريه بل لو قال انا احدم بنفسي في الطبخ والكنس فله ذلك لانها تستحي في الحمام وبيت الما وفي بعض المواضع فيتقيد ذلك جواز نقصان نفقه الخادم لنقصان الخدمه وعند ذلك يحمل التشطير او النظر الى مقادير الافعال اما اذا قالت انا اخدم نفسي فاعطني نفقه الخادم فالظاهر انه لا يلزم لانها اسقطت مرتبتها والما يجب النفقه لضروره بقا المرتبة ⊙ **الثاني** لو كان لها خادمه واراد الزوج ابدالها بسبب ريبة فله ذلك ولا يحوز بغير عذر لان في قطع الالف اضرارا ولو كان معها خدام فله اخراج الجميع الا واحده ولا ابنا لها يقطع الالف لان الدار ملكه وليس عليه سكناهم بل له ان يمنع اباها وامها عن الدخول عليها ويمنعها عن الخروج لزيارتهم لكن الاولى ان لا يفعل ذلك ⊙ **الثالث** لو نكح رفيعة وهي تخدم جمالها ذكر العراقيون وجهين احدهما انه لا يجب نفقه الخادمه لان الرق يا في هذا المنصب والثاني انه يجب لان العاده قد نقتضيه **الواجب الرابع** الكسوه والاثاث ولا تقدير للشرع فيه فان القدور يختلف فيه احتلافا فاتبعنا ولا بد من الكفايه وهي خمار وقميص وسراويل ومكعب في الصيف ومثل ذلك في الشتا مع زياده جبة اما جنسه فقد قال الشافعي على الموسر لين البصره وعلى المعسر غليظ البصره وعلى المتوسط ما بينهما واراد الكرباس قال العراقيون ان كان من عادتها الكتان والحرير لزم ذلك ويتبع العاده قال الشيخ ابو محمد هي لبسة الدين والزياده رعونة فلا مزيد عليه ولا بد مع ذلك من ملحفه وشعار ومضربه وبيره ومخدة ولبد تحت المضربه او حصير وهل يجب لها زلية تفترشها بالنهار فيه وجهان واقتصروا في الفراش على هذا القدر ولم يردوه الى العاده وهذا يدل على ان الكسوه لا يزاد على ما ذكره الشافعي ولا بد من ماعون الدار كجرة وكوز وقدر ومغرفه ويكتفي في جميع ذلك بالخزف والخشب والحجر واما النحاس فطلبها ترفه وقد يليق بالشريفة فهو كالزياده على ليس الكرباس اما الخادمه فتستحق الكسوه ايضا ولكن يخالف جنسه جنس المخدومه وطعامها لا يخالف في الجنس وفي ادامها تردد ⊙ **الواجب الخامس** آلة التنظيف

يعني زعفرانه
اللبد
لبد
بساط

أي لبنه
طاهم

وهو المشط والدهن فان طلبت مزيلا كالكحل والطيب لم يجب ويجب المرتك لقطع الصنان ان كان بحيث لا ينقطع بالماء والتراب فان قال الزوج الدهن للتجمل وازالة الوسخ ولا ازيد التجمل وازالة الوسخ بغيره ممكن فهذا فيه وجهان ولا شك في ان للزوج منعها من تعاطي الثوم وما يتاذى براحته الكريهة وله منعها من تناول السموم المهلكة وهل له منعها من الاطعمة الممرضة فيه وجهان احدهما نعم لان المرض يفضي الى الموت كالسم والثاني لا لان ذلك غيب لا يعلم وتشريح ذلك يطول واما الخادمة فلا تستحق آلة التنظيف ولكن ان تلبد شعرها بحيث تتاذى به فلابد من السعي في الازالة اما الدواء والمعالجات فلا تستحقه المخدومة و الخادمة جميعا ٥ الواجب السادس السكنى ويجب عليه ان يسكنها دارا تليق بها عارية كانت واجارة او شراء ولم يعتبر في النوع والكسوة ما تليق بها بل ما تليق به بخلاف المسكن وكلما لابد فيه من التمليك فيعتبر جانبه وما يراد به الامتاع فيعتبر فيه جانبها والله اعلم ٥ الفصل الثاني في كيفية الانفاق اما الطعام فلابد فيه من تمليك الحب مع مؤنة الطحن والخبز واصلاح اللحم من الحطب والملح واجرة الطباخ ولها الامتناع من قبول الخبز وليس له ان يكلفها الاكل معه فانها تتسلط على التصرف ونفقتها عوض كالمهر ٥ فروع الاول لو اخذت الحب واستعملته بذرا فالظاهر وجوب مؤنة الاصلاح ويحتمل ان يقال الاصلاح تابع وليس بركن مقصود فلا يستقل الثاني لو كانت تاكل مع الزوج على العادة ففي سقوط نفقتها وجهان القياس انها لا تسقط لانه لم يجر اسقاط ولا اعتياض صحيح لكن الاحسن الاسقاط اذ لو جرى في عصر الصحابة من امراة طلب النفقة للزمان الماضي على هذه الصفة لاشتهر ٥ الثالث لو اعتاضت عن النفقة دراهم ففيه وجهان احدهما المنع كالاعتياض عن المسلم فيه فانه عوض والثاني انه جوز كعوض المتلفات لانه لا يتحقق عوضا ولو اخذت الخبز عوضا عن الحب فوجهان مرتبان واولى بالمنع لانه ربا ووجه التجويز انها كالقابضة لحقها وكانها تركت مؤنة الاصلاح ٥ الرابع لها طلب النفقة صبيحة كل يوم وليس عليها الصبر الى اخر اليوم ولو ماتت في اثناء النهار لا يسترد بل هي تركة ولو نشزت استرد ولو قدم اليها نفقة ايام فهل تملكها فيه وجهان احدهما نعم كتعجيل الدين المؤجل والثاني لا لان السبب غير مستقر اذ ربما

تموت ثم اذا ماتت وقلنا انها ملكت ففي الاسترداد وجهان اظهرهما انه تسترد ولا خلاف انه يسترد بالنشوز اما الكسوه فهل تجب التمليك فيها فيه وجهان لترددها بين النفقه والمسكن فروع الاول لو سلم اليها كسوه الصيف فتلف في يدها تجب الابدال ان قلنا انه امتاع وان قلنا انه تمليك فوجهان والظاهر انه لا تجب الثاني لو اتلفت بنفسها ان قلنا انه تمليك فلا تجدد وان قلنا امتاع فالظاهر انه تجب ولكن تجب عليها قيمه المتلف الثالث لو ماتت في اثنا الصيف فيسترد ثيابها ان قلنا انه امتاع وان قلنا انه تمليك فالصيف بالنسبه الى الثوب كاليوم بالنسبه الى الطعام فهو تركه ولا شك في انه يسترد بالنشوز اما الخادمه فالحق ان نفقتها والتمليك في رقبتها اما التمليك في نفقتها كالتمليك في نفقه المخدومه ولا يتصور هذا في الرقيقه فانها لا تملك ولا في المستاجره باجره فانها لا تستحق سوى الاجره بل هذه التي وعدت الخدمه بالنفقه فيستحق التمليك وان لم يكن عقد لازم وحمل هذا لاجل الحاجه في هذا الموضع الباب الثاني في مسقطات النفقه ومسقطات النفقه ما يمنع عليه الاستحقاق وفيما تجب به النفقه قولان مستنبطان من معاني كلام الشافعي احدهما انها تجب لمجرد العقد بشرط عدم النشوز ولا تجب بالتمكين بدليل وجوبها للرتقا والمريضه فكان العقد موجب والنشوز مسقط والثاني انها تجب بالتمكين على حسب الامكان لان العقد قد اوجب المهر فيكون النفقه عوضا عن التمكين والاحتباس في حباله وفايده القولين تظهر في النزاع فاذا نازعا في النشوز فان قلنا تجب بالعقد فالقول قولها لان الاصل عدم النشوز وان قلنا تجب بالتمكين فالقول قوله وعليها اثبات التمكين وكذلك اذا لم يطالب بالزفاف والمراه ساكته ان قلنا تجب بالتمكين فلا نفقه لها وان قلنا تجب بالعقد فتجب اذ لا نشوز منها ولا خلاف في انه تسقط النفقه بامتناع الاستمتاع بسبب من جهتها لا تكون معذوره فيه بخلاف المرض والرتق والموانع اربعه المانع الاول النشوز فاذا نشزت يوما لم تستحق نفقه ذلك اليوم والنشوز في بعض اليوم هل يسقط جمله النفقه فيه وجهان احدهما نعم لان حكم اليوم الواحد لا يتبعض والثاني انه يوزع على مقدار الزمان الا اذا كانت تنشز بالنهار دون الليل او على العكس فانه يتشطر ولا ينظر الى مقدار الازمنه فروع الاول لو خرجت بغير اذنه فهي ناشزه ولو خرجت في

حاجته بغير اذنه فلا ولو خرجت في حاجة نفسها باذنه ففي نفقتها
قولان ان قلنا تستحق بالعقد وتسقط بالنشوز فلها النفقة وان قلنا بالتمكين
فلا ه الثاني مهما طلبت الزفاف فاستمهلت بعذر فهي ناشزة وان كانت
مريضة تتضرر بها الوطي فهي معذورة ولها النفقة ولا تسقط بالمرض لانه دايم
ولا تقصير من جهتها فان قال الزوج سلموها ولا اطاها فلا يؤمن في ذلك
وان انكر الزوج كون الوطي مضرا فتشهد اربع نسوة ثبت وان شهدت
واحدة فوجهان ماخذه انه يجعل اخبارا او شهادة فان لم تكن لها بينة فلها
ان تحلف الزوج على نفي العلم بذلك ه الثالث اذا نشزت فغاب الزوج
فعادت الى المسكن فهل تعود النفقة فيه وجهان احدهما انها تعود
بمجرد رجوعها لزوال المسقط والثاني انها لا تعود الا ان ترفع الى القاضي
فيحكم بطاعتها ويخبر الزوج حتى يرجع او يمضي مدة الرجوع فان لم يرجع
بعد ذلك وجبت نفقتها اما اذا ارتدت فلا نفقة لها فان عادت قال العراقيون
تعود النفقة لان السبب خفي لا يحتاج فيه الى الرفع وقال المراوزة هو كالنشوز الجلي
والمجنونة اذا نشزت تسقط نفقتها وان لم تاثم لتعذر الاستمتاع بسببها ه
المانع الثاني الصغر وفيه ثلث صور احدها ان تزوج صغيرة من بالغ
ففي النفقة قولان احدهما انها تجب كالمريضة والرتقا والمستحاضة وهذا
ينطبق على قولنا النفقة بالعقد والثاني انها لا تستحق لان الصغر نوبة مطاوله
في العمر تنقضي لا كالرتق الذي لا اجل له ولا كالمرض الذي هو طارئ يضطرب ه
الثانية ان يزوج بالغة من صغير فقولان مرتبان واولى بالوجوب لان المنع من
جانبه وفيه قول انها ان كانت جاهلة بصغره استحقت والا فلا ه الثالثة اذا
زوج صغيرة من صغير فقولان واولى بان لا تجب ونعني بالصغر الذي لا يتاتى منه الجماع
دون المراهق الذي ليس ببالغ ثم اذا اوجبنا للصغيرة لم يختلف بالاجابة الى

الزفاف او السكون اذ لا فائده في الوعد نعم اذا انتهت الى التهيؤ للاستمتاع فيخرج النفقه عند السكوت على القولين ٥ المانع الثالث التلبس بالعبادات كالاحرام والصوم اما الاحرام فقد سافرت في غرض نفسها باذنه وقد ذكرنا فيه خلافا فان قلنا انها لا تستحق فهي استحقاقها قبل الخروج وجهان احدهما لا لان الاستمتاع قد امتنع والثاني نعم لانها جنت وقد احرمت باذنه والصحيح انه لا فرق بين ان يتهاها الزوج عن الخروج او يرضا به وحكي عن القفال انه قال اذا نهاها عن الخروج فخرجت سقطت النفقه قطعا اما اذا احرمت بغير اذنه فمن جوز تحليلها خلاف فان قلنا لا تحللها فهي ناشزه من وقت الاحرام وفيه وجه انها لا تسقط نفقتها قبل الخروج وهو بعيد وان قلنا نحللها فما دامت مقيمة فلها النفقه لانه قادر عليها وفيه وجه انها لا تستحق لان الزوج وان قدر على قهرها فهي ناشزه فلا يلزمه فربما ان يتاع نفسه من قطع الاحرام اما الصيام فلا يسقط نفقتها بصوم رمضان لان الثاني عتيدة وهذه العباده تشمل الزوجين لا كالاحرام بحجة الاسلام فانه على التراخي اما صوم النوافل فللزوج المنع والتحليل فان لم يحلل ففي النفقه وجهان مرتبان على الاحرام واولى بالوجوب لان الاستمتاع مباح سوى الوطي وان حلل صوم نذرته بعد النكاح وليس له منعها من الصلوات المفروضه اما منعها من رواتب السنن والبدار الى الفرض في اول الوقت ففيه خلاف والصحيح انه لا يمنع من صوم عاشورا وعرفه يجري مجرى الرواتب اما صوم الاثنين والخميس فله منعها وجها واحدا ٥ المانع الرابع العلة والمعتدات خمس الاول المنكوحه اذا وطيت بالشبهه فلو حبلت وقلنا تستحق نفقه على الواطي فلا تستحق على الزوج وحيث لا تستحق على الواطي ففي سقوط نفقه الزوجيه خلاف من حيث ان تعذر الاستمتاع بسببها ولكنها معذوره فانه لو قيل ان كانت نايمه او مكرهه فلها النفقه وان مكنت على ظن فلا نفقه لها لان الظن لا يوثر في الغرامات ٥ الثانيه المعتده

اي لم تخرج بعد
يعني بلا حرام
علمنا
المعتده

عطلا ورجعى نستحق النفقه حاملا كانت وحاملا لان سلطنه الزوج في الرجعه دايمه فلو احبلها واطي بالشبهه وتاخرت عده الزوج فان قلنا له الرجعه في الحال فعليه النفقه بان جعلنا وان قلنا لا رجعه فوجهان ومنهم من قال ان قلنا لا رجعه فلا نفقه وان قلنا برجع فوجهان وهذا افقه لانها صارت محبوسه لغيره ○ فرع لو قال طلقتك قبل وضع الحمل وانت رجعيه الان فانه لا نفقه لك فقالت بل بعد الوضع فلي النفقه فالقول قولها لان الاصل بقا النفقه وهو يدعي السقوط فعليه الاثبات ولا رجعه له لانها باينه بزعمه ○ الثالثه المطلقه

○ البانيه لها السكنى في العده ولا نفقه لها الا اذا كانت حاملا خلافا لابي حنيفه والنفقه للحمل او للحامل فيه قولان احدهما للحمل لانه المتجدد فهي كالحاضنه والثاني للحامل بدليل انها تجب مقدره ولا تسقط على الصحيح بمضي الزمان ولا تختلف بزهادتها ورغبتها ○

فرع الحر اذا طلق زوجته الحامل المملوكه فعليه النفقه ان قلنا النفقه للحامل وان قلنا للحمل فلا لان الحمل المملوك لو انفصل فنفقته على السيد لا على الاب وكذا الخلاف في ما لو طلق الرقيق زوجته الحامل ○ الرابعه المعتده عن فراق الفسخ الذي لا يستند اليها كرده مثلا فهي كالمطلقه فلها اما اذا كان الفسخ باختيارها او تسبب عيبها فهذا الفسخ لا يشطر المهر بل يسقط جميعه ففي نفقتها قولان بنا على انها للحمل او للحامل ○ اما

○ الفراق عن جهه اللعان فهل تستحق النفقه فيه تردد لانها منكره سبب اللعان ولكن لها مدخل في البين وانما نستحق النفقه اذا لم ينف الحمل وكذلك الخلاف جار في ان المهر هل نستطر به ○ فرع لو انفق على الولد المنفي باللعان ثم كذب نفسه رجعت عليه لانها بذلت على ظن الوجوب ولها ولايه الاستبداد على الزوج لقصه هند وفيه وجه انها لا ترجع ولبس لها ولايه الاستبداد وقصه هند محموله على فضا رسول الله صلى الله عليه وسلم واذنه لها ○ الخامسه المعتده الحامل عن وطي الشبهه اذا كانت حليه عن النكاح فهل تستحق نفقه على الواطي ان قلنا للحمل فتستحق وان قلنا للحامل فلا لانا اذا قلنا انه للحامل جعلنا بقا علقه الحمل كبقا علقه الرجعه في الحال نفقه النكاح واستمرارها ولذلك لا توجب لحمل اللعان قطعا لان الزوج ينكر احتباسها بحمله ويتفرع على القولين مسائل احداها انها لو كانت لا تكتفي بالمهر في مده الحمل اعني المطلقه

وهي التنزه

وهي حامل

قبل الدخول

في دعواه لها

139

فهل يزاد منهم من قال ان قلنا للحمل فيزاد على الكفايه كالحاضنه وان قلنا
للحامل فوجهان ووجه الزياده الحذر من الاضرار وان الحمل لا بد ان يلتفت اليه ومنهم
من يعكس وقال ان قلنا للحامل فلا يزاد وان قلنا للحمل فوجهان لا بد ان يلتفت
في كل قول الى المعنى الاخر اذ الحق انه كالمرتبط بهما جميعا الثانيه انه ان انفق عليها
وبان انه لا حمل ينبني على ان التعجيل هل كان واجبا عليه وفيه قولان مبنيان على ان الحمل
هل يعرف والمصير انه لا يجب التعجيل لا اعرف له وجها مع قوله تعالى وان كن
اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن بل الصحيح ان الحمل يعرف بالظن الغالب
ويبنى عليه تسليم الخلفات لورود الخبر وكذلك تسليم النفقه للاية فعلى هذا له
الاسترداد فانه ظن انه واجب ومن قال لا يجب التعجيل فيقول ان عجل بشرط الرجوع
رجع والا فوجهان كنظيره في تعجيل الزكوه اما اذا انفق ثم بان فساد النكاح
فلا يسترد النفقه وان كانت حاملا لانها كانت محبوسه على ظن النكاح والنفقه
كانت في مقابله حبس على ظن النكاح والظن في هذا كالحقيقه الثالثه
اذ طلقها وهي حامل ثم مات لم تنتقل الى عدة الوفاه وان كان بائنا لم تعد بها الحمل
ولا تخرج نفقتها بعد ذلك من التركه فانا ان قلنا ان النفقه للحمل فلا تجب النفقه
للقريب بعد الموت وان قلنا للحامل فهي كالحاضنه ولا نفقه لها فان السبب ان على اذا قلنا
للحامل نحن وكان الطلاق واوجب دفعه ولذلك نسخ هذه المراه السكنى مع ان عدة
الوفاه لا توجب السكنى على احد القولين ويعتضد هذا بان علقه الحمل جعلناها
كعلقه النكاح وهي باقيه بعد الموت الباب الثالث في الاعسار
بالنفقه وفي ثبوت حق الفسخ به قولان احدهما لا كما لا يفسخ بفوات الاستمتاع بالجب
والعنه بل اولى لان لها طلب النفقه بدون الوقاع ولان الحيوه لا تبقى بغير القوت
وتبقى بدون الوقاع والثاني لا لان النفقه تافهه ومقصود النكاح الاستمتاع
ولا يبقى النفقه اذ تحل لها مالها ولا وجه للاستمتاع الا من جهته فان قضينا

الزوج

بثبوت الفسخ وجب النظر في اطراف الطرف الاول في
العجز وهو ان لا يملك مالا ولا يقدر على الكسب فان ملك ولكن
منع وعجزت المراة والقاضي عن اخذ ماله فطريقان منهم من طرد
القولين لان الضرار حاصل ومنهم من قال لا لان هذا ظلم وليس بعجز
وكان منشا هذا الخلاف ان هذا الفسخ لنقص الزوج وعيبه او لتضررها
بالنفقه فان لم يملك شيئا ولكن قدر على الكسب وقلنا يجب عليه الكسب
لاجل الزوجه على راي فهو كالغني الممتنع الطرف الثاني في
المعجوز عنه وهو القوت بجملته فاما الادام فالعجز عنه لا يسلط
على الفسخ في الظاهر وعن الكسوه والمسكن وجهان لان النفس تبقى دونهما
ولكنهما مقصودان لا كالادام فانه تابع وكذلك في الاعسار بنفقة الخادم
الوجهان والاعسار بالمهر لا يوجب الفسخ لكن لها منع نفسها ان لم يمكن مره
فان مكن سقط حق حبسها وقيل بطرد القولين في المهر وهو بعيد اما
الاعسار بنفقه ما مضى فلا يوجب الفسخ بل هو دين مستقر في ذمته فرضه
القاضي او لم يفرض اعني به ما يجب فيه التمليك فان الامتاع لا يمكن تداركه فانيه
وقال ابو حنيفه النفقه لا تستقر في الذمه الا بفرض القاضي كنفقه
الاقارب فرع لو قدر كل يوم على مد فلا فسخ لانه قوام ولو قدر على
ثلث مد ثبت الفسخ ولو قدر على نصف مد فوجهان ووجه المنع قول رسول الله
صلى الله عليه وسلم طعام الواحد يكفي الاثنين وكان الاجتزا بنصف المد ممكن
وبثلثه فلا الطرف الثالث في حقيقه هذا الرفع ولا شك في ان
الرفع بالجب والعنه فسخ والرفع في الايلا طلاق وهذا دائر بينهما فاختلفوا
فيه فان قلنا انه طلاق فلا بد من الرفع الى القاضي حتى يحبسه ليطلق او ينفق
فان لم يطلق طلق القاضي طلقه رجعيه ولا بد من العده وان لم يكن نفقه حقا
لله تعالى فان راجعها طلق القاضي ثانيا الى ان يتم الثلث وان قلنا انه فسخ فلا بد

من الرفع لاثبات الاعسار فانه متعلق بالاجتهاد ثم اذا ثبت فلها تعاطى
الفسخ فان فسخت دون الرفع لعلمها بالاعسار لم ينفذ ظاهرا وهل ينفذ
باطنا حتى ان اعترف به الزوج او اقامت البينة بتقدمه واحتساب
العدة من ذلك الوقت هذا فيه تردد ولاخلاف انه ينفذ ظاهرا اذا لم يكن
في الناحية حاكم او عجزت عن الرفع الطرف الرابع في وقت
الفسخ والمطالبة بالنفقة تتوجه صبيحة اليوم ولكن لو استمهل المعسر ففيه
قولان احدهما انه يمهل ثلثة ايام حتى يتحقق عجزه والثاني انه لا يمهل وعلى هذا
فلاخلاف انها لا تبادر الفسخ صبيحة اليوم فان اكثر الناس يكتسبون قوت اليوم
في اليوم ولكن الى متى التاخير يحتمل ان يقال الى وسط النهار فان تاخير الطعام
عنه غير معتاد ويحتمل ان يقال الى الليل وبياض النهار متسع للكسب ويحتمل
ان يقال حتى تنقضي يوم وليلة اذ به يستقر الحق فان النفقة لليوم والليلة
ويرجع هذا الى انه يمهل يوما واحدا نعم لو اقر صبيحة اليوم باني عاجز وليس
اتوقع اليوم شيئا فيحتمل ان يقال لها المبادرة بالفسخ ويحتمل ان يقال يمهل الى تحقق
العجز بانقضاء اليوم فرع لو كان يعتاد الاتيان بالطعام ليلا فلها الفسخ
لان هذا اصيام الدهر نعم لا يثبت بوقوع ذلك مرة او مرتين وليس ما يحتمل نادرا
يحتمل دائما وتفرع على قول الامهال مسائل احداها انه لو جاءها بالنفقة
صبيحة اليوم الرابع لليوم الرابع فلا فسخ وما مضى دين في الذمة وليس لها ان
تقول اقتضيته عن الماضي وافسخ في الحال لان التعويل على قصد المؤدي ولو عجز
اليوم الخامس فلها الفسخ ولا تستانف المدة على الظاهر الا ان يكون ما اسعفني
بمال اليوم في الغالب وكذا بلفظ يعارض فيجعل كأن الاعسار الماضي لم يكن
ولو قدر في اليوم الثالث وعجز في اليوم الرابع فتكمل الثلاث باليوم الرابع ولا

يستانف . وقيل انه تستانف فان القدره الطاريه قطعت المهله وهو
ضعيف لان الزوج يجدد ذلك عاده فيفوتها يوما ويترك يوما فرع الثالثه
المبادره صبيحه الرابع جايزه ولا تمهل الى بياض النهار نعم اليوم الخامس يجعل
كاليوم الاول على قول ترك الامهال حتى تمهل الى بياض النهار ثم تفسخ حيث يقول
لا تستانف المده فرع الثالثه اذا رضيت بعد انقضا المده فلها العود الى
الطلب قال الصيدلاني تستانف المده بخلاف امراه المولي لان مده الايلا مضروبه
شرعا وهذه تصرفت بطلبها فيسقط برضاها وانما جاز لها الرجوع بخلاف
زوجه العنين لان هذا صبر على اضرار يتوقع زواله والعنه عيب وهي في
حكم خصله واحده والاعسار في كل يوم متجدد ولو قالت رضيت به ابدا
فلها الرجوع الى الطلب كما لو نكحته وهي عالمه باعساره فلها ذلك لان هذا
وعد بالصبر على اضرار والضرار متجدد والحق متجدد فرع الطرف الخامس
فيمن له حق الفسخ وهي الزوجه خاصه ولا يثبت لولي المجنونه والصغيره
الفسخ بالاعسار وان كانت ضايعه لان الفسخ رفع النكاح وهو متعلق بالطبع
كالطلاق ولا تجري فيه النيابه اما الامه فان كانت صغيره او مجنونه
فهل للسيد فسخ نكاحها بالاعسار فيه وجهان ووجه الجواز ان السيد ذو حق في
النفقه فانه الذي يدخل في ملكه وله ابداله بغيره وان كانت مستقله
فهي صاحبه الحق ولها الفسخ دون رضا السيد فان ضمن السيد النفقه لم يسقط
حقها كما لو تبرع اجنبي بالنفقه وفي ضمان السيد احتمال اما اذا رضيت باعساره
فليس للسيد الفسخ ولكن يقول للجاريه افسخي او اصبري على الجوع وليس عليه النفقه
وذكر الشيخ ابو علي وجها من تشبيها على الصغيره والولي بان لا يفسخ هاهنا لاستقلالها
ثم اعلم ان الملك في النفقه للسيد ولكن لها حق التوثق بها حتى لا يجوز للسيد بيع النفقه
الا بعد تسليم البدل ولا يجوز له الابرا عن النفقه وكانه مرهون بحقها كما كسب
عبد التجاره فانه كالمرهون بنفقته لاقتضا العرف ذلك وللامه طلبها

من الزوج واذا احدث دخل في ملك السيد لانها كالمأذونة عرفا وشرعا بالتزويج وهذا كله تفريع على قولنا ان الاعسار سبب الفسخ فان قلنا لا يثبت فهل تفرع على حبس المسكن فيه خلاف للاصحاب والقياس ان لا تفرع الا اذا عجزت عن نفقة نفسها الا بالخروج ولكن الخبر يدل على الجواز اذ نقل في الخبر انه فرق بين المراة وزوجها المعسر فان لم يحمل على التفريق في العقد فلا بد من حمله على التفريق في المنزل ولها المنع من الوطي ان لم يكن قد مكنته من قبل وعلى قول ثبوت الفسخ تخلل حق الحبس في مدة الامهال وفيه وجهان

السبب الثاني للنفقة القرابة

وفيه ثلاثة ابواب

الباب الاول في شرايط الاستحقاق وكيفية الانفاق

وفيه فصلان

الفصل الاول في شروط الاستحقاق

والاصل فيه قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن الاية وقصة هند معروفة ولا تستحق عندنا الا بقرابة البعضية فيجب للفروع والاصول مع اختلاف الدين واتفاقه وقال ابو حنيفة رحمه الله تجب بالمحرمية وانها للاخوة والعمومة ثم تشترط في الاستحقاق اعسار المنفق عليه ويسار المنفق اما المنفق عليه فهل يشترط مع الاعسار عجزه عن الكسب فان كان طفلا لم يشترط وان كان بالغا وكان فرعا ففيه قولان وان كان ابا او جدا ففيه طريقان منهم من قطع بانه لا يشترط لان تكليف الابن اباه الكسب مع الشيخوخة غض من منصب الابوة ومنهم من طرد القولين احدهما انه يشترط اذ يخرج بالقدرة عن المسكنة واستحقاق سهم المساكين فكذلك النفقة والثاني انه لا يشترط كما في الطفل المراهق لان هذا مبني على المجاملة بخلاف الزكوة ويقبح تكليف الكسب مع اتساع مال الاب والابن فان قلنا يشترط فهل يشترط ان يكون زمنا فيه وجهان احدهما نعم لان القادر لا يعجز عن ان يصير اجيرا وان لم يعرف حرفة فيكتسب بوجه والثاني لا يشترط ذلك بل يكفي ان لا يقدر على حرفة تليق بمنصبه اما ما لا يليق بمنصبه فلا يعتبر وهذا العدل وعلى هذا

اذا قدر على اكتساب بعض النفقة فلا يستحق الا القدر المعجوز عنه واما حل السوال للكسوب فيه خلاف للاصحاب وظاهر الاخبار يدل على تحريمه فقد ورد فيه تشديدات وبالجملة اخذه المال من القريب اهون من السوال واما يسار المنفق فنعني به ان يفضل عن قوت يومه حتى يباع في نفقة القريب كلما يباع في الدين من عقار وعبيد وان كان يبيع العبد يرده الى ان يتعاطى اعمالا لا تليق بمنصبه ولكن يجب عليه ان يقوم على البعض كما يقوم على نفسه وقال ابو حنيفة لا يباع عقاره فيه واما المفلس الكسوب فهل يجب عليه الكسب على من يشد العاجز الزمن فيه وجهان احدهما انه لا يجب كما لا يجب لاجل الدين والثاني يجب لان الدين من العوارض وحاجات الاولاد منوطة بنا فكيف يجوز تضييعهم مع القدرة وقد قال صلى الله عليه وسلم كفى بالمرء اثما ان يضيع من يعول وهذا الخلاف جار في الكسب لاجل الزوجة وانه هل يجب ذلك

الفصل الثاني في كيفية الانفاق ولا تقدير في نفقة القريب بل هو على الكفاية والما يجب ما يدرا به الم الجوع ويقل به البدن لا ما يزيل تمام الشهوة وكذلك يجب في الكسوة الوسط مما يليق به وهو امتاع اذ يسقط بمرور الزمان اذا لم تفرضه القاضي بخلاف نفقة الزوجة فان عنايتها تولدها كعنايتها بنفسها

فروع الاول يستحق الاب مع النفقة الاعفاف وكذلك لو كان كسوبا وكسبه لا يفي الا بنفقته فيستحق ذلك على اظهر الوجهين ولكن لا يجب الا نفقة زوجة واحدة فان كان له زوجتان سلم الاب نفقة واحدة ثم هو يفضها عليهما

الثاني اذا امتنع الاب من النفقة فهل للام اخذ النفقة من ماله دون اذنه فيه وجهان ماخذهما التردد في ان اذن الرسول صلى الله عليه وسلم لهند كان شرعا او قضاء ولو استقرضت عليه للطفل مالا فان اذن الانفاق عليه من ماله من غير مراجعة القاضي فوجهان مرتبان واولى بالمنع ولو انفقت من مال نفسها فوجهان مرتبان واولى بالمنع اذ تكون مقرضة

تبيّن

ولو

لانفاق

بنفسه

علاوة نفقة الزوجة وبعض المعسر تجد نفقة الزوجة في زمن الارضاع

142

ومستقرضه ولو كان للطفل مال فاراد الانفاق عليه من ماله من غير
مراجعة القاضي فوجهان مرتبان واولى بالجواز **المسالة** الثالثة الفريب يرفع امره
الى القاضي ولا يستبد بالاستقراض فان عجز عن القاضي فاستقرض ففيه وجهان
وان كان الاب الموسر غايبا والجد حاضرا فعلى القاضي ان يامر الجد بالانفاق
بشرط الرجوع الا ان يتبرع فان استقرض فالظاهر انه لا يرجع الا اذا عجز عن
القاضي ففي رجوعه وجهان **الرابعة** يجب على الام ان ترضع ولده اللبا اذ يقال
انه لا يعيش دونه ثم الاجرة على الاب ان كان لها اجرة وكذلك في الارضاع لان
النفقة على الاب وليس عليها الارضاع ان وجد غيرها واذا لم يوجد الا واحدة
ولو اجنبية وجب عليها لانه من فروض الكفايات ومهما رغبت فهي اولى فلا تقدم
عليها الاجنبية رعاية لجانبها وحاجة الطفل لزيادة شفقتها فان تبرعت الاجنبية
وطلبت الام الاجرة فقولان حاصلهما تردد في انه هل يجب على الاب تحصيل زيادة
هذه الشفقة للطفل ودفع الضرر عنه بماله هذا اذا لم تكن في نكاحه فان
كانت فللزوج منعها من الارضاع لاجل الاستمتاع وفيه وجه ان منعها من الارضاع
اضرار بها وبالطفل فيقدم حقها ولا يتجه هذا الا اذا كان الولد من الزوج فان
كان من غيره فيقدم استمتاع الزوج **الباب** الثاني في ترتيب الاقارب
عند الاجتماع والنظر في اطراف اربعة الاول في اجتماع الاولاد وفيه طريقان
احداهما ان التقديم للقريب حتى يقدم القريب المحروم عن الميراث كبنت البنت على
البعيد الوارث كابن ابن الابن فان تساويا في القرب واحدهما وارث كبنت البنت
وبنت الابن ففي تقديم الوارث وجهان فان اعتبرنا الارث وتساويا في القدر فهل
توزع على المقادير او تسوى فيه وجهان ومثاله الابن والبنت **الطريقة**
الثانية ان الارث مقدم فلو تساويا فيعد ذلك يقدم الاقرب فان تساوى
قربهما توزع عليهما وفيه وجه انه يقدم بالذكورة فيقدم الابن على البنت لانه

مكتسب والنظر الى الارث ضعيف مع وجوبه على من لا يرث وعند اختلاف
الدين **الطرف الثاني** في اجتماع الاصول والاب مقدم على الام
في الصغر وبعد البلوغ وجهان احدهما الاب استصحابا والثاني انهما اصلان
وكان ذلك من اثار الولاية في الصغر وعلى هذا هل ينفى وقال لتفاوت الارث ام لا
فيه وجهان اما الاجداد والجدات فالقريب مقدم على البعيد المدلى به وان
اختلفت الجهة فخمس طرق طريقان ذكرناهما في الاولاد **الثالثة** انه
يقدم بولاية المال وبدل عليه تقدم الاب على الام فان استويا فمن يدلى بولى فهو اولى
فان استويا فالاقرب اولى وهو اختيار المسعودي **الرابعة**
يعتبر الذكورة فالذكر اولى فان استويا فالمدلى بالذكر اولى وان استويا فالاقرب
وعلى هذا الاب اليهودي وان لم يكن وليا فهو اولى اذ نرعى الجهة المفيدة للولاية
لا نفس الولاية **الخامسة** النظر الى الارث والاكتساب اعني الذكورة
فان وجد فيهما او عدم فيهما او وجد في احدهما الذكورة وفي الاخر الوراثة استويا
ثم بعد ذلك نقدم بالقرب وخاصية هذه الطريقة جبر الذكورة والارث كل
واحد بصاحبه وجميع هذه الطرق تجري في الاولاد الا اعتبار الولاية لان المرجحات
اربعة الولاية والقرب والارث والذكورة ولنذكر ثلث صور لشرح هذه
الطرق صورة ابو اب وام من اعتبر القرب قدم الام ومن اعتبر الارث
فضل عليهما اما منتسا وبا واما متفاوتا ومن اعتبر الولاية او الذكورة قدم الجد
وقيل للشافعي نص ان اب ام الاب اولى من الام ولم يصححه الائمة صورة ثانية
ابو اب واب ام من راعى القرب سوى ومن راعى الارث والولاية او الذكورة
والادلاء بها قدم اب الاب صورة ثالثة ام ابي اب وابو ام من راعى القرب
او الذكورة قدم اب الام ومن راعى الارث قدم ام ابي الاب **الطرف الثالث**
في اجتماع الاصول والفروع وفيه مسايل احداها للفقير اب وابن موسران
ففيه ثلاثة اوجه احدها الاب اولى لانه ولي وهو اولى بالتربية واستصحب
حالة الصغر والثاني الابن اولى لانه اولى بالخدمة والثالث انهما يشتركان

ثم هل يتفاوتان لاجل الارث فيه وجهان **الثانية** ابن وجد قيل الجد اولى لانه
كالاب وقيل الابن اولى للجزئية والقرب **الثالثة** ابن وام قيل هي كالاب
لانها اصل وقيل الابن اولى قطعا وعلى الجملة تعود الطرق وانما تزيد هاهنا ان القرب
بالجزئية اولى والاصل بالتربية اولى **الطرف الرابع** في ازدحام الآخذين
للنفقة فاذا لم يفضل الا قوت واحد فقدموا على الزوجة مقدمة لانها عيال كالاولاد
وحقها اكد اذ لا يسقط بمرور الزمان ولا بغناها وفيه احتمال اذ فيه مشابهة
الديون ونفقة القريب في مال المفلس مقدم عليه في يوم الاداء لا في المستقبل الا ان الزوجة صح
عيال واما المدلون بالعصوبة فتعود الطرق وكلها في الترجيح بالقرب والوراثة
ونزيد هاهنا شيئين احدهما ان الذكورة جهة في التقديم وهاهنا الانوثة هي المرعية
اذ تشعر بالضعف والاحتياج الثاني في الالتزام ننظر الى مقادير الارث على راي وقال
الاكثرون في الاخذ لا ننظر اليه وان استووا وزع عليهم فان كان لا يسد التوزيع
من كل واحد مسدا اقرع بينهم **الباب الثالث** في احكام الحضانة
وفيه فصول **الاول** في الصفات المشروطة والحضانة عبارة عن حفظ الولد
وتربيته ويجب مؤنة الحضانة على من عليه النفقة وعند الازدحام يسلك بها مسلك
الولاية لانها سلطنة على الحفظ والتربية لكن تفارق الولاية في ان الاناث اولى
بالحضانة لان الانوثة تناسب هذه الولاية لزيادة الرقة والشفقة ولو عضل
الاقرب او غاب انتقل الى الابعد لا الى السلطان لان هذا يعتمد الشفقة المجردة
بخلاف ولاية النكاح ولو امتنعت الام فامها اولى من اب الطفل لان شفقتها
كشفقة الام وهل ينتقل الحق بعضلها الى الاب وكانه في درجة السلطنة للولاية
وهو بعيد ومهما اجتمع الاب والام فالام احق بالحضانة بشرط الاتصاف بخمس
صفات الاسلام والعقل والحرية والامانة والفراغ اما الاسلام فانما يشترط
في الولد المسلم لان تسليمه الى الكافرة يعرضه للفتنة واما العقل فهو الاصل
فلا تتولى حفظ المعتوه واما الحرية فلا بد منها لان هذه ولاية ولا ولاية
مع الرق ولا يؤثر رضا السيد وكذلك من نصفها حر ونصفها رقيق اذ لا ولاية

نصفها

امثالها ولكن عليها نفقة القريب لان ذلك من قبيل الغرامات واما الامانة فلا بد منها اذ الفاسقة لا يؤمن خيانتها واما الفراغ فنعني به ان لا تكون في نكاح غيره فاذا انكحت سقط حقها من الحضانة لانه نوع رق ولا يؤثر رضا الناكح الا اذا نكحت من له حق الحضانة كعم الولد فالمشهور انه لا يسقط حقها من الحضانة وفيه ان الاب اولى من الام ان نكحت العم ومهما طلقت قبل المسيس عاد حقها كما اذا افاق من جنون او عتقت من رق او تابت عن فسق او اسلمت بعد كفر وان كان رجعية فالمنصوص رجوع حقها لانها الان فارغة معتزلة وفيه قول مخرج المزني انه لا حق لها لاستمرار سلطنة الزوج اما المعتدة البائنة يعود حقها لكن ان كانت في مسكن الزوج فللزوج ان لا يرضى بادخال الولد منزله فان رضي رجع حقها لا كرضاه في صلب النكاح فانه لا يؤثر لان هذا كرضا المعتبر للدارة

الفصل الثاني فيمن يستحق

الحضانة وهو كل من لا يستقل اما بصغر او بجنون لكن الام اولى بالصبي بالصغر قبل التمييز فاذا ميز خير بينها وبين الاب وسلم الى من يختاره غلاما كان او جارية وقال ابو حنيفة الاب بالغلام اولى والام بالجارية اولى وقد روى ابو هريرة انه صلى الله عليه وسلم خير غلاما ولا ينظر الى سبع سنين بل يتبع التمييز فان استمرت الغباوة الى ما بعد البلوغ فالام اولى اذا اتصل به جنون وكان حقها لا سقط الاختيار الصبي عن تمييز ولو اختار احدهما ثم رجع رد الى الاخر لان الحال قد يتغير في حال الرؤية الا اذا اكثر تردده حتى دل على قلة التمييز فيرد الى الام وكذلك اذا سكت عن الاختيار هذا في الصبي اما البالغ اذا كان غير رشيد فهو كالصبي وان كان رشيدا وهو ذكر استقل وان كان جارية وهي بكر فالظاهر ان للاب ان يسكنها موضعا وليس لها الاستقلال وان كانت رشيدة كما يجبرها على جنس النكاح وهو اعظم من جنس المسكن بهذا اختص بالاب والجد ومن له ولاية الاجبار وفيه وجه انها تستقل واما التزويج بالجبر اما الثيب فانها تستقل اذ تم رشدها بالممارسة

ولكنها ان كانت تتهم بريبة فللعصبات ولاية اسكانها وملاحظتها دفعا للعار
عن النسب ولا يستقل بهذا الا المرأة ولا بد التزويج ولو ادعى الريبة فانكرت فتعد
مطالبته بالاثبات بالبينة فان ذلك افتضاح يجر العار والاحكام على عاقلة ايضا المراة
بمجرد الدعوى يبعد ولكن اقامة البينة ابعد منه ٥ **فرعان** هل يجري التخيير
بين الام ومن يقع على حاشية النسب كالعم والاخ فيه وجهان احدهما نعم كالاب والجد
والثاني ان الام اولى وانما التخيير مع الاب والجد لان لهما درجة الولاية ويجري هذا
الخلاف في التخيير بين الاب والاخت والخالة اذا ادليا ان الاب غير مقدم عليهما في الحضانة
الثاني انه اذا اختار الابن لم يمنعها من الزيارة واذا اختار الام لم يسقط عن الاب مؤنة
الحضانة والقيام بتاديبه وتسليمه الى الحرفة او المكتب وكذلك المجنون الذي
لا يستقل الا بضبطه يجب على الاب رعايته ومهما سافر الاب سفر نقلة بطل الام
تقديم الام وكان له استصحاب الولد كيلا ينقطع النسب سواء كان قبل التمييز او بعده
اذ فيه اضرار نعم لو رافقته الام فهي اولى وليس له استصحابه في سفر النزهة
ولا في سفر التجارة وان طالت المدة وفيه وجه لطول المدة ولو انتقل الى ما دون مرحلتين
ففي جواز انتزاع الولد وجهان لان تتابع الرفاق يمنع اندراس النسب ٥ **الفصل**
الثالث في التزاحم والتدافع والنظر في اطراف الاول في اجتماع النسوة
فان تدافعن فالحضانة على من عليه النفقة فان تزاحمن وطلبت كل واحدة الحضانة
فالنص في الجديد ان الام اولى ثم امهاتها المدليات بالاناث لا بالذكور ثم ام الاب
وجداته المدليات بالاناث وان علون ثم ام الجد وجداته على الترتيب المتقدم
في الاب ثم ام ابي الجد وجداته كذلك ثم الاخوات ثم الخالات ثم بنات الاخوة لان
الخالة ام وشفقتها اكثر من العمات وهن بعد الخالات لان قرابة الام اقوى في الحضانة
والقديم يوافق الجديد في جميع هذا الترتيب الا انه في القديم قدم الاخوات والخالات
على امهات الاب لانها تدلي بالام وهو ضعيف لان شفقة الاصول اعظم

مقدمة

وسئل المطرفي مسايل احدها ان الاخت من الاب تقدم على الاخت من الام في الحضانة
وذكر وجهه في التخريج على القديم ان الاخت من الام مقدمة لقرابة الام وعلة الجديد انهما
يستويان في الشفقة ولا يؤثر جهة الام في زيادة الشفقة لكن هذه لها قوة في الميراث
وتصلح هذا للترجيح لكن هذا لا يطرد في خالة الاب واخت الام وكذى العمات
اذ لا ميراث فمنهم من قدم الخالة لان الميراث بين لنا قوة هذه الجهة فلا نرعى غير
الميراث ومنهم من قدم الخالة للام اذ لا ميراث وقرابة الام آكد الثانية
نص الشافعي انه لا مدخل في الحضانة لكل جدة ساقطة في الميراث وهي كل جدة تدلي بذكر
بين انثيين وهو مشكل لانها وان كانت ساقطة في الميراث فالخالة والعمة ايضا كذلك
ولعل سببه ان الذكر الذي ليس بوارث ليس له ولاية الحضانة وهي تدلي به ولهذا الاشكال
ذكر اصحابنا وجهين اخرين احدهما انهن لو انفردن فلهن الحضانة ولكنهن محجوبات
عن الخالات وجميع المدليات والثاني انهن محجوبات عن الجدات الوارثات مقدمات على
الاخوات والخالات الثالثة العرسة الاتي التي لا محرمية لها كبنات الخالات
وبنات العمات فيه وجهان احدهما انه لا حضانة لهن اذ الحضانة يستدعي خبرة
بواطن الامور ويستدعي المحرمية والثاني انها تثبت وذكر الفوراني ذلك وقال الخالات
مقدمات على بنات الاخوة وبنات الاخوة مقدمات على العمات كما تقدم ابن الاخ في الارث على العم
وقال ايضا بنات الخالات مقدمات على بنات العمات الطرف الثاني في اجتماع
الذكور وهم اربعة اقسام الاول محرم وارث فله حق الحضانة ويترتبون ترتب
العصبات في الولاية الا الاخ من الام فانه ليس بولي وهو متاخر عن الاصول وعن الاخوة
للاب وهل يؤخر عن العم فيه وجهان منهم من اخر لعدم الولاية ومنهم من قدم للقرب والشفقة
وهو الاظهر الثاني الوارث الذي ليس بمحرم كبني الاعمام لهم حق الحضانة في الصبي
وفي الصغيرة التي لا تشتهى دون التي تشتهى الثالث المحرم الذي ليس بوارث كالخال
واب الام والعم من الام وبني الاخوات فهم محرومون عن الورثة وهل لهم حق عند فقدهم فيه
وجهان احدهما نعم للمحرمية كما ثبت للخالة وان لم تكن وارثة والثاني لا لان الخالة
انثى وانضمام الانوثة الى القرابة موثر لا محالة ان المستحب للسلطان ان يسلم اليهم

الرابع قريب ليس بمحرم ولا وارث كابن الخالة فالصحيح انه لا حق لهم وان ظهر الخلاف
في بنات الخالات لاجل الانوثة وشبهه ٥ **الطرف الثالث** في الاجتماع واجتماع
الذكور والاناث ولا اشكال ان الام وامهاتها مقدمات اذ اكثر من جهة الآباء ثم بعدهن
الاب والجدات من قبل الاب فقولان ظاهر النص تقديم الاب والتقديم على الاب الام
وامهاتها كذلك قال الشافعي والثاني انهن مقدمات وان ادلين به لشفقة الانوثة
فعلى هذا في تقديم الاخوات على الاب ثلثة اوجه احدها التقديم للانوثة والثاني لا
فان الاب اصل والثالث انه يقدم على الاخت للاب فانها فرعه دون الاخت للام
والاخت للاب والام وهذا الوجه لا يجري في الخالة لانها لا تنسب فرعا ولكن يجري
الوجهان في تقديم الخالة على الاب لان تقديم الخالة عليه اولى من تقديم الاخت وكل جدة
وارثة فهي مقدمة على كل عصبة تقع على حواشي النسب ٥ واما الذكور والاناث
على الحواشي اذا استووا في القرب والارث فالانثى اولى والاخت اولى من الاخ ولو كانت
الانثى بعيدة والذكر قريبا فوجهان لتعارض الانوثة والقرب ٥ **السبب الثالث**
للنفقة ملك اليمين وفيه مسائل الاولى ان نفقة المملوك امتاع وهو على الكفاية ولا
يسقط الا بزوال الملك او الكتابة وليس عليه ان يطعمه ويكسوه من جنس ما يطعم ويكتسي
ولكن ما يليق به ولو اقتصر في الكسوة على ما يستر العورة لم يجز ذلك في بلادنا
فانه اضرار وان لم يتأذى بحر او برد وهل يجب تفضيل النفيس على الخسيس في
الكسوة فيه ثلثة اوجه احدها انه يجب اذ العادة تقتضي ذلك والثاني لا لان الرفق يليق
به الخسيس وان كان نفيسا والثالث انه لا فرق في العبيد اما الجواري فيفضل السرية
على الخادمة ٥ **الثانية** قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كفى احدكم طعامه
خادمه حره ودخانه فليجلسه معه فان ابى فليروغ له لقمة وليناوله اياه
فتردد وافيه على ثلثة اوجه احدها ان ذلك واجب على الترتيب والثاني انه يجب
اما الاجلاس واما الترويغ للقمة ولا يجب الترتيب والثالث وهو الاظهر ان ذلك
مستحب وهو من مكارم الاخلاق ٥ **الثالثة** الرضيعة ام الولد اذا اتت بولد

فعليها الارضاع بخلاف الزوجه فانها رقيقه ولا يفرق فيه بينه وبين ولا يكلفها ان ترضع غير ولدها مع ولدها فانه اضرار بها وبولدها نعم له ان يستمتع بها ويضم الولد الى غيرها في وقت الاستمتاع ﴿الرابعه﴾ ليس لها فطام ولدها قبل الحولين ولا الزياده على الحولين الا برضاه والمتبع رضا السيد فيه الا اذا كان فيه اضرار بالولد واما الحره فحقها متاكد في ارضاع ولدها فيتوقف الفطام على توافقهما وان ارادت الفطام فله المنع وان ارادت الارضاع واراد الاب الفطام فعليه الاجره وليس له المنع ﴿الخامسه﴾ لا اصل للمخارجه وهو ضرب خراج مقدر على العبد كل يوم بل على العبد بذل المجهود وعلى السيد ان يحمله ما يطيقه فلو امتنع السيد عن الانفاق وباع عليه فان لم يرغب احد في شرايه فهو من محاويج المسلمين ﴿السادسه﴾ تجب علف الدواب لان ارواحها محترمه ولذلك لا يجوز تعذيبها ولا ذبحها الا لما كله وكذلك لا تترك البانها بحيث يستضر بها نتاجها ويجوز غصب العلف والخيط لجراحتها اذا اشرفت على الهلاك على المذهب الظاهر والمسافر بعدم حاجه الدابه الى الما على الوضو ويتيمم واذا اجدبت الارض فعليه علف السايمه ولا يجب عليه عماره داره وقناته وعقاره وان اشرف على الانهدام لان الحرمه لذي الروح فان امتنع عن العلف فللقاضي ان يجبره على البيع او يبيع عليه   والله اعلم وبالغيب احكم

تم الجز بحمد الله ومنه وحسن توفيقه يوم الخميس السابع عشر من رجب شهر الله الاصب من شهور سنه ثلث وتسعين وخمسمايه سنه

غفر الله لصاحبه ولكاتبه ولقاريه وللمملي ولجميع المسلمين امين رب العالمين

حسبنا الله وكفى ونعم الوكيل ولا حول ولا قوه الا بالله العلي العظيم والحمد لله وحده

وصلى الله على محمد النبي واله الايمه الطاهرين وسلم

الطلاق الرجعي كل طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد ... ولا يحتاج عقد النكاح لا يحصل به الرجعه لان النكاح مستمر فلا

بلغ ... بحسب الطاقه والاجتهاد في ايام ومجالس اخرها يوم الخميس في الشهر المذكور والسنه المذكوره والسلام ورحمه ... بركاته

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على رسوله سيدنا محمد النبي وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا

كتاب بيان غور ~~الغور في~~ دراية الدور تصنيف الشيخ الامام الزاهد

امام الائمة قدوة الامة حجة الاسلام ابي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي رحمه الله

الحمد لله ذي الفضل والنعم والطول والكرم والكاشف للظلم والناعش من صرعة
الضلال اذا زلت القدم والمنبه على الرشد اذا زاغ البصر وطغى اللسان والقلم
والصلوة على سيد الانبيا والامم وعلى آله واصحابه صلاة تلاقي ارواحهم على تعاقب الامم
اما بعد فاني لما دخلت بغداد سنة اربع وتسعين واربع مايه تواترت على الاسوله
عن دور الطلاق ورايت اكثرهم قد اتفقوا على ابطال الدور وتشددوا النكير
على من يصحح الدور وتحسم به باب الطلاق ويعولون فيه على اعتراضات ضعيفة وجدتها
قاصرة عن ابطال عمدة القول بالدور فانتدبت في تلك المناظرات لابطال اعتراضاتهم
الفاسدة وصنفت كتابا سميته غاية الغور في دراية الدور مشتملا على رد تلك الاعتراضات
ومنتهيا بالكلام فيها الى اقصى الغايات ثم انتشر ذلك في الامصار واستطارت الفتوى
بصحة الدور واطلعت فيه على غور وتعمقت بعيد الاجتهاد ورايت ايقاع الطلاق بعد
الدور اقرب الى السداد لما سنذكره في الدور من الفساد المانع من الانعقاد فلم اجد بدا
من اثبات ذلك ليعول عليه لا على ما سبق من الفتوى قبله فذلك على ما قضيناه وهذا على
ما نقضي وعلى التحري والاجتهاد نبني فقهيات المسائل والرجوع الى الحق خير من التمادي
في الباطل فاقول لفظ العقد اذا اشتمل على محال وجب الغاؤه فهو ليس من هذا ولفظ
الدور مشتمل على محال فوجب الغاؤه فهاتان مقدمتان اذا سلمتا وجب تسليم المطلوب
وهو بطلان الدور فمن ابتغى النزاع فانما يتوجه الدليل على المقدمة الاولى وهو ان لفظ
العقد اذا اشتمل على محال وجب الغاؤه فيقول ليس هذا منازع فيه بل متفق عليه بين
العقلا وبرهانه بيانه واتضاح المراد منه اذ لا خلاف ان الفضولي اذا قال اشتريت
هذه الدار لزيد ولم يكن وكيلا من جهة زيد لم يقع الشرى عن زيد وهل يقع على المشتري

فيه خلاف بين العلماء فقائل يقول المحال الممتنع من جملة كلامه الا اضافه الى زيد
فيحصل بالالغاء والحذف القدر المحال من كلامه وهو قوله لزيد فيبقى قوله اسرج
فيستعمل في حقه وللقائل الثاني يقول لا يقع عنه ايضا بل يلغى جملة كلامه اذ لا
يؤاخذ الرجل ببعض كلامه قبل تمامه اذ يقبح الكلام تشريح لا اوله وكذلك
لا يلزم الكفر بقول القائل ويل للمصلين اذا ذكر بعده الذين هم عن صلاتهم ساهون
وهذا القول الثاني على الغاء المحال من جملة كلامه وكذلك اذا قال لزوجته انت طالق
ان لم يشا الله فمنهم قائل يقول يقع طلاقه ويلغى قوله ان لم يشا الله ومنهم
من الغى كلامه اصلا وقال لا يقع الطلاق لانه اما ان وقع طلاقا فاتصفه فان
تصور انتفاءه بطلت الصفه فلا يقع شي اصلا كما اذا قال انت طالق ان صعدت السما
فانه لا يقال الصعود محال فيلغى ذكر الصعود ويقع الطلاق بل يعتبر جملة كلامه
المنظوم فان تعذر مفهوم كلامه لم يستعمل والغي ولم يتكلف ما لم يقصده وهو
ايقاع الطلاق من غير صعود وليس هذا كما اذا قال انت طالق طلاقا لا يقع
فانه يقع الطلاق لان انت طالق تام ولكن يجوز ان يلحق به ما يتطرق معه وقوله
طلاقا لا يقع لا ينتظم فكانه قال انت طالق طلاقا واقعا غير واقع فتمكنت الاستحاله
من نفس الكلام فيحصل القدر المحيل بالالغاء ويعتبر اصل الكلام اما في مسالة الصعود
ومسالة خلاف مشيئة الله تعالى لا تناقض في نفس الكلام بل جاءت الاستحاله من جهة
ناحية اخرى ومن امر اخر خارج عن نظم الكلام اما في مسالة الصعود فمن عجز البشر
عن الصعود وهو صفة في نفس المراه لا في كلام المطلق واما في مسالة مشيئة الله تعالى
فهو من عجز كل من في الوجود عما لا يريده الله وهذا الان نردد في ان الملغى هو القدر
المحيل اذ المحيل وما قبله ايضا معه فالالغاء وحاصل على ان المحال باطل وان وجوده
كعدمه وقد حصل البرهان على المقدمة الاولى فان قيل سلمنا ان ما اشتمل عليه المحال
وجب الغاؤه ولكن لا نسلم المقدمة الثانية وهو ان اليمين الدائرة اشتملت على محال
والجواب ان اليمين الدائرة هي قول القائل لزوجته ان طلقتك فانت طالق قبله ثلاثا

وقوله لامرأته قبل الدخول ان طلقتك فانت طالق قبله وهذا يشتمل على المحال وبيانه
انه لو قال لعبده انت حر حرية سابقة على حريته لا يشتمل كلامه على المحال لان
الحرية الموصوفة بالسبق على حرية اخرى تستدعي حريتين مثلا احدهما والمحل
واحد لا يقبل الا حرية واحدة فالحرية الموصوفة بالسبق محال ولا جرم اما ان
يحذف اصل كلامه واما ان يحذف الوصف المحيل ويحصل الحرية ولعله الاظهر
وكذلك اذا قال الرجل لزوجته قبل الدخول انت طالق طلقة سابقة على طلقة
او مسبوقة بطلقة او قبل طلقة او قبلها طلقة او طلقة فهذا محال لان هذا
يستدعي طلقتين مثلا احدهما وغير المدخول بها لا تقبل ذلك فيلغى قوله سابقة ومسبوقة
ويقع الطلاق او يلغى اصل الكلام ولا يقع شيء والمشهور هو الاول وفي الثاني
ايضا انفراج كما في قوله ان لم يشا الله وليس ذلك من غرضنا بل الغرض ان المحال
في الغاية فاذا اتضح هذا فنقول مهما قال لغير المدخول بها ان طلقتك فانت طالق قبله
فهي المسئلة الدائرة وهو مشتمل على المحال لانه انما علق طلاقا موصوفا بقبلية طلاق
اخر وهذا محال في الغاية اذ لا فرق بين التعليق والتنجيز ولو نجز وقال انت
طالق طلقة قبل طلقة الغي قوله قبل طلقة وكذلك لو قال ان دخلت الدار فانت
طالق طلقة قبل طلقة الغي قوله قبل طلقة لكونه محالا فاذا ابدل صفة دخول
الدار بالطلاق وقال ان طلقتك فانت طالق قبله فمعناه انت طالق طلاقا هو قبل
طلاقي اياك وطلاق قبل الطلاق محال في غير المدخول بها فيتعين الالغاء لاستحالته
وجب الالغاء فان قيل الاستحالة في الطلاق المعلق فقد جرى له شرط وهو الزمان واذا
وجد فالطلاق معقول اذ لا مانع للطلاق في ذلك الوقت في علم الله تعالى واذا
وقع لم يقع الطلاق المنجز بعده واذا لم يقع لم يكن الزمان الموصوف بقبلية الطلاق
موجودا في علم الله تعالى فلا يقع وهو معنى الدور فالجواب ان نقول نسلم انه لو
اخذ الشرط مفردا لم يستحل ولو اخذ الطلاق مفردا عن الشرط لم يستحل ولكن اذا
اخذ المجموع استحال والتعليق يشتمل على المجموع المحال فيتعين فيه الابطال فان المعلق
هو طلاق ولكن علق ايقاعه بزمان موصوف بقبلية طلاق فيكون طلاقا موصوفا

بقبلية طلاق آخر ولو وقع غير موصوف بهذا الوصف كان غير ما علقه
ووصفه وإن وقع موصوفا بهذا الوصف كان محالا فقد قصد بهذا اللفظ ما
هو محال على الوجه الذي قصده وأوقعه فوجب أن يبطل منه القدر المحيل بالاتفاق
وهو لفظ القبل وإذا فهمت هذا فيما قبل الدخول فافهمه في الثلاث بعد الدخول
لأنه إذا قال لها إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا فالمعلق بالطلاق ثلاث موصوفات
بقبله رابع وثلاث موصوفة بقبله رابع محال وثلاث ~~موصوفات بقبله رابع~~
محال بعد الدخول كالواحد الموصوف بالقبلية قبل الدخول فوجب أن يلغى أصل هذا
الكلام أو يلغى القدر المحيل وهو لفظ قبل فيبقى قوله إن طلقتك فأنت طالق ثلاثا وإذا
طلق واحدة بعده وقع الباقي وتم الثلاث ولا فرق بين هذه الصورة وبين ما قدرناه
قبل الدخول في طلقة ولا فرق بين التعليق قبل الدخول مع لفظ القبلية وبين التنجيز
في قوله أنت طالق طلقة قبل طلقة أو قبلها طلقة وما ذكرناه تدريج في التفهيم
وإلا فاستحالة هذا الكلام على المحال يمكن إظهاره بأن يقال ثلاث موصوفة بقبلية
رابعة محال وهو الذي قصدناه بكلامنا فإما أن يلغى أصل كلامه فإذا نجز الطلاق وقع
وألغي المعلق وإما أن يحذف القدر المحيل وهو قوله قبله فيبقى قوله إن طلقتك فأنت
طالق ثلاثا فإذا كان قبل الدخول وقع الثلاث فإن قيل لم لا يلغى قوله ثلاثا لأن
الاستحالة بسبب متعينة في كلمة القبلية لأنه لو ذكر القبلية ولم يذكر
الثلاث فقال إن طلقتك فأنت طالق قبله طلقتين لم يستحل جمعه فلما لهذا
بحال فإنكم تقولون إذا نجز واحدة وقعت بالتنجيز واحدة ووقع بتعليق الطلاق
ثنتان قبلها لأن الاستحالة في تمام الثلاث وللقائل الأول أن يقول تجزئة
اللفظة الواحدة بإلغاء بعضها واستعمال بعضها بعيد فإما أن يلغى
جميع الثلاث أو يستعمل وأما التجزئة فلا وللآخرين أن يجيبوا عنه بأنه يستعمل
لفظ الثلاث في العدد الممكن ولا إمكان إلا في اثنين فهو كما لو ترك لفظ القبل وقال
إن طلقتك فأنت طالق ثلاثا ثم نجز واحدة وقعت واحدة بالتنجيز واثنتان بالتعليق
لسقوط الثلاث لأن الثالثة لم تكن بل لو وقعت لكانت رابعة ولا رابعة للطلاق وكل لو
وقع الثلاث قبل التنجيز لكانت ثلاثة موصوفة بقبلية رابع وهو محال فأما أن

موصوفنا بعلمه بالتى فليس بمحال وعلى الجملة فهذه نوادر الاحتمالات في بعض
ما ياتي فاما الفاصل المحال او العذر المحيل فواجب وفي ذلك ما يبطل الدور اللفظي
ويمنع حسم باب الطلاق وهذا القدر كاف في بيان غور الدور والاعتذار عن بعض
الاجتهاد فيه والله اعلم
وصلى الله على محمد النبي وآله وسلم

بسم الله الرحمن الرحيم مسائل في الدور في العتق من كتاب السيد محي
في غوامض الجبر والمقابلة ٥ مسئلة اذا اعتق عبدا في مرضه لا مال له غيره
وان كان عليه دين يحيط به فسخ العتق وبيع في الدين وان لم يكن عليه دين وقف على اجازة
الورثة فان اجاز الورثة عتق وان ردوا عتق ثلثه ورق ثلثاه فان كان العبد اكتسب بعد عتقه
ومات مولاه قبل السيد وكسبه تابع لعتقه فما عتق منه كان بقدره من الكسب تابعا له وما بقي
فهو لسيده ولا يمكن معرفة ذلك الا من جهة الجبر والمقابلة فاذا كان قيمة العبد مائة وكسبه
مائة فالطريق في معرفة ما يعتق من العبد وما يتبعه من الكسب ان يقول عتق من العبد شيء
وتبعه من الكسب مثله وهو شيء ايضا وبقي للورثة العبد والكسب الا شيئين ويجب ان يكون ذلك مثلا ما
جاز فيه العتق وهما شيئان العتق والكسب فيجبر العبد والكسب بشيئين ثم نقابل بهما العتق والوصية الكسب
ويكمل لهما شيئان للورثة فيكون اربعة اشياء تعادل العبد والكسب اربعة اشياء والعبد والكسب
مائتان والشيء الواحد يعادل خمسين فيعتق من العبد نصفه وهو يعدل خمسين ويتبعه نصف الكسب وهو
خمسون ويبقى للورثة نصف العبد وهو يعدل خمسين ويتبعه نصف الكسب فيحصل للورثة مائة وذلك
مثلا ما عتق من العبد ولو قلت العتق شيء وكسبه التابع لما عتق شيء وللورثة شيئان والعبد
وكسبه يعادل اربعة اشياء كان اسهل ولو كان كسب العبد مثليه قلت عتق منه شيء
وتبعه من الكسب شيئان لان كسبه مثلا قيمته وللورثة شيئان العبد وكسبه وذلك يعدل ثلثمائة
يعادل خمسة اشياء فالشيء الواحد يعادل ستين وذلك يعدل ثلثة اخماس العبد فيعتق منه ثلثة
اخماسه ويتبعه من الكسب مثلا اخماسه وذلك مائة وعشرون ويبقى للورثة خمسا العبد
وهو يعدل اربعين ويتبعه خمسا الكسب وهو ثمانون فيحصل للورثة ما قدره مائة وعشرون
وذلك مثلا ما عتق من العبد ٥ واذا كان رجل له ثلثة اعبد لا مال له غيرهم وقيمة كل واحد مائة
وعليه دين مائة فاعتقهم في مرضه وكسب واحد منهم مائة ثم اجاز الورثة فيخرج لقضاء
الدين اولا فيقرع بين رقبة فيها دين [illegible] فيهما عتق فان خرجت رقبة الدين على غير المكتسب
سقط الدين واقرع بين الورثة فتكون رقبة رق ورقبة عتق فان خرجت رقبة العتق على من لم يكتسب عتق
نصفه وكان للورثة العبد الثاني وكسبه وذلك مثلا ما عتق وان خرجت رقبة العتق على المكتسب
دخلها الدور فيقول عتق منه شيء وتبعه من كسبه شيء وللورثة شيئان والعبدان والكسب
ثلثمائة تعدل اربعة اشياء فالشيء خمسة وسبعون وذلك ثلثة ارباع العبد فيعتق ثلثة ارباع العبد ويتبعه
من الكسب خمسة وسبعون ويبقى للورثة ربع قيمته خمسة وعشرون ومن كسبه مثلها والعبد الاخر
قيمته مائة فيحصل للورثة مائة وخمسون وذلك مثلا ما عتق من العبد ٥ فان خرجت رقبة الدين على
[illegible] بيع في الدين ربعه [illegible] وهو خمسون وذلك [illegible] في الدين ولا يباع جميعه

